Die zivilrechtlichen Ansprüche aus durch Zweikampf entstandenen Verletzungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Ernst v. Alten

Gerichtsreferendar aus Achim bei Börssum.

ACA
IJMUIDEN
BIBL

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1911.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Meinem Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551520_0043

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrecht. Leipzig 1871.

v. Bar, Zur Lehre von der Culpa und dem Kausalzusammenhange im Strafrecht und Zivilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlung anderer, in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart. Bd. IV.

Binding, Der Zweikampf und das Gesetz. Neuere Zeit- und Streitfragen. Dresden 1905.

„ Normen, Band I.

Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Gerichtssaal, Band 37.

Bienenfeld, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1903.

Blüthgen, Schadensersatzansprüche aus Verletzungen in studentischen Schlägermensuren. Inaug.-Dissertation Jena 1905.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria. Berlin 1891.

Burckhardt, Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, in Zeitschrift für schweizerisches Recht. Bd. 44.

v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, Gerichtssaal, Bd. 37, Beilageheft.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, II, Tübingen, Leipzig 1902.

Cohn, Untersuchungen zu § 254 B. G. B. in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1900.

Demelius, Über Kompensation der Culpa. Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 5.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. II, Halle 1909.

„ Pandekten II, 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 1, 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Fischer-Henle, Handausgabe zum B. G. B. München 1904.

Ganzhorn, Der Zivilersatz im Zweikampf. Inaug.-Dissert. Göttingen 1897.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, Berlin, 1903.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem B. G. B. Berlin 1903.

Gröber, Die Schadensersatzansprüche bei Körperverletzung und Tötung im Zweikampf. Inaug.-Dissert. Erlangen 1907.

Hälschner, Der Tatbestand des Zweikampfes und das studentische Schlägerduell. Gerichtssaal 34.

„ Der Zweikampf im Verhältnisse zur Tötung und Körperverletzung. Gerichtssaal 35.

„ Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. II, Bonn 1887.

Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten in Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentliches Recht Bd. 27.

Henke, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. I. Berlin 1823.

Herrmann, Haftpflicht des Duellanten. Inaug.-Dissert. Rostock 1906.

Hoeniger. Die Rechtsfolgen des Zweikampfes nach dem B. G. B. im Recht 1901, Nr. 9.

Jung, Delikt und Schadensverursachung.

Juristische Wochenschrift.

Kessler, Die Einwilligung des Verletzten. Berlin Leipzig 1884.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. II. 1890.

Köhler, Umfang der Schadensersatzpflicht in Geld nach dem B. G. B. Rostocker Dissertation 1901.

v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit. Leipzig 1888.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum B. G. B. Bd. I, Berlin 1903.

Labowsky, Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen nach gemeinem Recht und B. G. B. Inaug.-Dissert. Erlangen 1898.

v. Leyden, Die sog. Culpacompensatio im B. G. B. 1902.

Linkelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1898.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des B. G. B.

„ Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1897.

Matthiass, Lehrbuch des B. G. B. 5. Auflage 1910.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1907.

Mommsen, Zur Lehre vom Interesse. Braunschweig 1855.

Motive zum Entwurf eines B. G. B.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin. 3. Auflage 1910.

Olshausen, Kommentar zum Strafrecht für das deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1906.

Ortmann, Über Verletzung insbesondere Tötung eines Einwilligenden. Archiv für gemeines deutsches und preußisches Strafrecht. Bd. 25.

Pernice, Labeo. Bd. II. Halle 1878.

Pernice, Zur Lehre von der Sachbeschädigung. Weimar 1867.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung eines Entwurfs zum B. G. B.

Planck, Das B. G. B. Bd. II. Berlin 1907.

Radbruch, Die Lehre von der adaequaten Verursachung. 1902. Heft III. Bd. I der neuen Folge des krim. zivilistischen Seminars Berlin.

Recht.

Roedenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Halle 1883.

Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 90.

Ruhm, Das eigene Verschulden des Verletzten als Grund der Ausschließung der Ersatzpflicht im gemeinen Recht. Inaug.-Dissert. Greifswald 1898.

Rumpf, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B. Oldenburg 1904.

Schollmeyer, Kommentar zum B. G. B. Bd. II. München 1900.

Seydel, Dr., Einwilligung des Verletzten. Inaug.-Dissert. Rostock 1907.

Seufferts Archiv.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse. München 1908.

Stübel, Im Neuen Archiv. Bd. IX.

Süßmann, Welchen Einfluß hatte und hat der Umstand, daß bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat? Inaug.-Dissert. Rostock 1903.

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Halle 1806.

Traeger, Der Kausalbegriff im Strafrecht und Zivilrecht. Marburg 1904.

Waechter, Volenti non fit iniuria. Gerichtssaal Bd. 20.

v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen. Berlin 1902.

Wendt, Eigenes Verschulden in Iherings Jahrbücher. Bd. 31.

Weyl, System der Verschuldungsbegriffe im B. G. B. München 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.

Zitelmann, Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 99.

„ Das Recht des B. G. B. 1900.

Disposition.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht aus § 823, Satz I 4

1) Durch die Handlung des Beklagten muß ein Recht des Klägers verletzt sein 4

2) Die Verletzung muß widerrechtlich sein. Die Widerrechtlichkeit kann durch die Einwilligung ausgeschlossen sein 6

a. Liegt Einwilligung vor? 6

b. Wird durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen? 9

I. Römisches Recht 10

II. Gemeines Recht 11

III. Bürgerliches Recht 13

3) Den Verletzer muß ein Verschulden treffen . . 17

4) Zwischen der Handlung und dem rechtswidrigen Erfolge muß Kausalzusammenhang vorliegen . . 18

§ 2. Die Schadensersatzpflicht findet ihre Einschränkung in § 254. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 254 25

1) Es muß ein Schaden entstanden sein, den der Schädiger zu ersetzen verpflichtet ist 26

2) Das mitwirkende Verschulden 26
I. im römischen und gemeinen Recht 26
II. im B. G. B. 33
§ 3. Die Umstände und das vorwiegende Verursachen 41
§ 4. Der Umfang des Ersatzanspruchs 56
§ 5. Die Haftpflicht bei Verletzung beider Duellanten 59
§ 6. Die Möglichkeit einer Haftpflicht dritter Personen 61
Schluß 62

Einleitung.

Seitdem der Zweikampf Ende des 16. Jahrhunderts seinen Eingang in Deutschland gefunden hat, hat sich die Gesetzgebung mit ihm beschäftigt. Zahlreiche Verbote sind im Laufe der Jahrhunderte erlassen worden, um dem Unwesen ein Ende zu machen. Sie alle waren ohne Erfolg, so daß die Motive zu den Bestimmungen des Norddeutschen Strafgesetzbuches, wie Binding sagt[1]), den Bankerott erklärten. Auch unser Strafgesetzbuch hat in den §§ 201 ff. Vorschriften gegen den Zweikampf erlassen, ohne ihm jedoch den Todesstoß zu geben. Noch heute steht der Zweikampf in hoher Blüte, wenn sich u. E. auch nicht leugnen läßt, daß sich eine immer stärker werdende Gegenströmung bemerkbar macht. Trotzdem darf die Gesetzgebung um ihrer selbst willen nicht aufhören, den Zweikampf zu bekämpfen. Wenn dieser noch in hoher Blüte steht, so ist das eben ein Beweis, daß die bisher zur Bekämpfung angewandten Mittel nicht die richtigen waren. Nun ist zwar das Strafrecht in erster Linie dazu berufen, dem Zweikampf entgegenzutreten,

[1]) Der Zweikampf und das Gesetz, S. 5.

doch ist auch das Zivilrecht durch Gewährung eines Ersatzanspruches kein zu unterschätzendes Mittel und geeignet, das Strafrecht wirksam zu unterstützen. Damit soll nun keineswegs gesagt sein, daß die Gesetzgebung des Straf- und Zivilrechts den Zweikampf allein beseitigen könne. Selbst, wenn z. B. das Strafrecht der Ehre des Menschen den ihr gebührenden Schutz zuteil werden läßt, wird der Zweikampf noch nicht völlig überwunden sein. Denn dies wird erst eintreten, wenn sich die Erkenntnis Bahn gebrochen hat, daß die Ehre überhaupt durch keinen Dritten angetastet werden kann.[1]) Die Gesetzgebung hat aber dennoch ihren Anteil an der Beseitigung des Zweikampfes. Deshalb ist eine Untersuchung der Rechtsnormen über denselben und vor allen Dingen, ob der im Zweikampf Verletzte einen Ersatzanspruch hat, angezeigt. Daß dieser einmal in der Praxis gebräuchlich geworden ein zur Bekämpfung des Zweikampfes wirksames Mittel ist, dürfte nicht zu leugnen sein. Vor allen Dingen würde dann die Zahl der frivol provocierten Zweikämpfe gemindert werden. Deshalb ist der Standpunkt der Motive,[2]) es sei besser die Lösung dieser Streitfrage, da ihr eine große praktische Bedeutung doch nicht beiwohne, der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, irrig. Man wende auch nicht ein, daß derartige Ansprüche selten gerichtlich verfolgt werden, da es den Anschauungen der Gesellschaft, in

---

[1]) Ebenso Binding, Der Zweikampf und das Gesetz, S. 28.
[2]) S. Bd. II 771.

der der Zweikampf Sitte ist, widerspricht. Das ist ja richtig. Wenn man aber bedenkt, daß sich eine gesellschaftliche Anschauung leicht ändern kann, oder daß sich ein im Zweikampf Verletzter oder dessen Angehörige, sei es aus Not oder sonstigen Gründen, über dieselben hinweg setzt, so kann niemand die hervorragende Bedeutung der zivilrechtlichen Folgen des Zweikampfes leugnen.

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung sind die zivilrechtlichen Ansprüche aus durch Zweikampf entstandenen Verletzungen. Als Zweikampf definieren wir mit Liszt:[1]) Zweikampf ist der verabredete, den hergebrachten oder vereinbarten Regeln entsprechende Kampf mit gleichwertigen Waffen zwischen zwei Personen. Demnach erachten wir die Tödlichkeit der Waffen nicht für den Begriff des Zweikampfes erforderlich und unterscheiden einen strafbaren und nicht strafbaren Zweikampf[2]). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat keine Sonderbestimmung getroffen, sondern die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis anheimgegeben.[3]) Wir sind daher gezwungen, die allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen anzuwenden.

[1]) Liszt, S. 344.

[2]) A.M.R.G.I. S. 443. Hälschner II., S. 944. Ebenso Olshausen II., S. 769. Liszt, S. 346. Meyer, S. 395 und die meisten.

[3]) Motive Bd. II., S. 741.

§ 1.

Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches aus § 823, Satz 1.

§ 823 BGB. lautet: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Andern widerrechtlich verletzt, ist dem Andern zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Voraussetzung ist also:

1. Durch die Handlung des Beklagten muß ein Recht des Klägers verletzt sein.
2. Die Verletzung muß widerrechtlich sein.
3. Den Beklagten muß ein Verschulden treffen.
4. Zwischen der Handlung und dem rechtsverletzenden Erfolge muß ein Kausalzusammenhang bestehen.

1) Durch die Handlung des Beklagten muß ein Recht des Klägers verletzt sein.

Die Handlung des Beklagten ist im Zweikampf der Schlag resp. der Schuß oder Stich, durch den der Schaden entstanden ist. Ob von den in § 823 angeführten Persönlichkeitsrechten der Körper oder die

Gesundheit verletzt ist, ist lediglich eine theoretische Frage ohne praktische Bedeutung. Nach Planck[1]) liegt eine Körperverletzung vor, da ein Teil des menschlichen Körpers zerstört wird, dagegen keine Verletzung der Gesundheit, da die inneren Funktionen des Körpers nicht zum Nachteil des Verletzten gestört werden. Nach Oertmann[2]) fällt die Verletzung unter beide Begriffe. U. E. ist Oertmanns Ansicht die richtige, da immerhin eine Störung des Gesamtbefindens stattfindet. Daß dieselbe nur vorübergehend ist und keine eventuellen Folgen hinterläßt, ist für den Begriff der Verletzung der Gesundheit gleichgültig.

Da sich der Erfolg auf eine menschliche Handlung zurückführen lassen muß, ist auch die Fähigkeit zum Handeln, die Verantwortlichkeit Voraussetzung. Nach § 827 BGB. ist die Verantwortlichkeit ausgeschlossen, wer in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem andern Schaden zufügt. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so bleibt die Verantwortlichkeit bestehen, es sei denn, daß er ohne sein Verschulden in diesen Zustand geraten ist. Nach § 828 BGB. ist derjenige, der das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, für einen von ihm zugefügten Schaden nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden

[1]) S. 970.
[2]) S. 1056.

Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht gehabt hat. Diese Einsicht dürfte jedoch bei den Duellanten fast stets vorliegen.

2. Die Verletzung muß widerrechtlich sein.

Die zweite Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I ist die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die Rechtssphäre des Klägers. Das soll aber nicht heißen, daß die Widerrechtlichkeit noch als ein besonderer Umstand hinzukommen muß, um die Verletzung zu einer widerrechtlichen zu stempeln, sondern widerrechtlich bedeutet, daß die in § 823 genannten Handlungen an sich widerrechtlich sind, es sei denn, daß die Widerrechtlichkeit durch besondere Umstände ausgeschlossen ist.[1]) Als ein solcher besonderer Umstand käme beim Zweikampf die Einwilligung des Verletzten in die Verletzung in Betracht. Prüfen wir zunächst, ob überhaupt beim Zweikampf eine Einwilligung in die Verletzung vorliegt, dann im Falle der Bejahung, ob durch die Einwilligung die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen wird.

a. Liegt Einwilligung vor?

Eine große Anzahl Gelehrter[2]) steht auf dem Standpunkte, daß beim Zweikampf keine Einwilligung

[1]) Zitelmann. Arch. f. civ. Praxis. Bd. 99, S. 3. Matthiaß, S. 143. Planck, S. 976. Oertmann, S. 1066. Jung, S. 18.

[2]) Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung u. Tötung eines Menschen, S. 90. Breithaupt, Volenti non fit iniuria, S. 30. Ganzhorn, S. 9. Fischer-Henle, S. 422. Gröber, S. 24. Herrmann, S. 19. Blüthgen, S. 25.

in die Verletzung vorliegt, da derselbe nur in den Kampf willigt, nicht aber in die Verletzung. Seine Absicht ginge nicht dahin, verletzt zu werden, sondern den Gegner zu verletzen. So sagt z. B. Weinrich[1]) „Der Gesichtspunkt der Einwilligung läßt sich beim Zweikampf nicht verwerten, weil die Duellanten wohl in den Kampf, nicht aber in die Verletzung einwilligen. Denn wer kämpfend Leib und Leben verteidigt, von dem kann man nicht sagen, daß er mit deren Verletzung einverstanden sei.“ Ebenso Gröber: „Der Duellant setzt alles daran, was in seiner Macht steht, und ihm nach den Regeln des Zweikampfes erlaubt ist, um seine Verletzung zu verhindern, er sucht sogar seinerseits den Gegner unschädlich zu machen, um ihn so an der Verletzung zu hindern. Wer aber alles aufbietet, eine Verletzung seiner Person zu hindern, von dem kann man doch nicht sagen, er willigt in die Verletzung.“

Die Verteidiger dieser Theorie stehen auf dem Standpunkt, daß die Einwilligung gleichzustellen sei mit dem Wollen des Erfolges. Das ist u. E. nicht richtig. Sehr oft mag allerdings einwilligen auch wollen des Erfolges bedeuten, nötig ist das jedoch nicht. Als Beweis hierfür möge das Kesslersche Beispiel[2]) von der Sachbeschädigung dienen. A. gestattet dem B., auf eine dem A. gehörige Sache zu schießen, indem er wettet, daß B. nicht treffen werde. B. schießt, trifft und beschädigt die Sache. Hat hier etwa A. gewollt,

[1]) S. 90.
[2]) S. 19.

daß seine Sache zerstört werde? Keineswegs. Und doch wird kein Zweifel bestehen, daß ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist. Ein zweites Beispiel: Ein Arzt operiert einen schwer Erkrankten, der nur noch kurze Zeit zu leben hat, wenn die Operation ihn nicht rettet. Der Arzt weiß, daß die Operation sehr häufig den Tod bewirkt, daß aber die Möglichkeit, den Erkrankten zu retten, nicht ausgeschlossen ist. Er setzt dem Erkrankten die Sachlage auseinander und nimmt mit dessen Einwilligung die Operation vor. Tritt nun wirklich der Tod ein, so ist sicherlich derselbe nicht gewollt, sondern nur damit gerechnet. Trotzdem haftet der Arzt nicht, da eben eine Einwilligung in den eventuellen Todeserfolg vorliegt. Ebenso ist es beim Zweikampf. Jeder Duellant willigt in die Angriffshandlung des Gegners. Da nun in der Regel die Duellanten den Erfolg des Zweikampfes nicht ausschießlich selbständig bestimmen können, sondern zugleich auch dem Zufall überlassen müssen, kann auch keiner die mögliche Verletzung durch sein Tun weder herbeiführen noch verhindern. Gewollt hat keiner die Verletzung, aber jeder hat sie zugelassen[1]).

[1]) Ebenso Zitelmann, Archiv f. ziv. Praxis, S. 69. Planck, S. 977. Kuhlenbeck, S. 675. Roedenbeck, Zweikampf. S. 25. Kessler, S. 90. Wächter, Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 23, S. 81. Hartmann, Grünhuts Zeitschrift. Bd. 27, S. 756. Linkelmann, S. 80. Protokolle, S. 634. Seydel, Die Einwilligung des Verletzten. S. 22. So auch Hälschner, 35, S. 177, trotzdem liegt nach ihm keine Einwilligung vor, da der Verletzte die Verletzung nicht gewollt habe.

Denn Einwilligen bedeutet weiter nichts als Zulassen des Erfolges[1]).

b. Wird durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen?

Haben wir also gesehen, daß beim Zweikampf eine Einwilligung in die Verletzung vorliegt, so entsteht die weitere Frage, ob durch die Einwilligung die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist. Es handelt sich um eine von altersher bestrittene und auch heute noch nicht entschiedene Streitfrage, für die im römischen Recht und in der gemeinrechtlichen Literatur die Rechtsparömie: „volenti non fit iniuria“ gebraucht wurde. Allerdings kannte der Römer keinen Zweikampf im Sinne des heutigen Rechts und ebenso enthält auch das gemeine Recht keine ausdrückliche Vorschriften über zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus Zweikampf. Es müssen daher für das römische und gemeine Recht die allgemeinen Vorschriften über Körperverletzung Anwendung finden.

Untersuchen wir zunächst, wie weit bei ihnen der Satz „volenti non fit iniuria“ Geltung gehabt hat.

[1]) Diesen Standpunkt hat bereits das römische Recht eingenommen. D. 9, 2 lex 7 § 4. Wer einen Sklaven im Wettkampfe tötet, haftet aus der lex Aquilia. Er haftet aber nicht, wenn der Herr seine Zustimmung zu dem Kampfe gegeben hat. Der Herr will auch die Verwundung oder Tötung seines Sklaven nicht, er hat sich aber mit den eventuellen Folgen des Wettkampfes einverstanden erklärt. So auch Pernice, Labeo. Bd. II, S, 27.

I. Römisches Recht.

Für das römische Recht läßt sich aus den Quellen weder die Geltung des Satzes „volenti non fit iniuria“ bei Körperverletzungen noch dessen Verwerfung beweisen. Breithaupt führt zum Beweise für seine Geltung den Fall an, daß der Dominus auf seinen Befehl vom Sklaven getötet wurde, der Sklave aber straflos blieb. U. E. ist dieser Fall kein Beweis für die Geltung obigen Satzes, da der Herr die potesta dominica über den Sklaven hatte und dadurch auch die Gewalt über dessen Willen, so daß der Sklave nur Mittel seines Herrn war[1]).

Umgekehrt läßt sich auch nicht die allgemeine Verwerfung des Satzes volenti non fit iniuria bei Körperverletzungen mit Einwilligung aus den Stellen beweisen, in denen ausnahmsweise die Bestrafung erfolgte. Die Römer bestraften die Körperverletzung mit Einwilligung für den Fall der Kastration[2]) und der Verstümmelung[3]), wenn die Verstümmelung den Zweck hatte, den Verletzten der Heerespflicht zu entziehen. Im ersten Fall erklären sich die Bestimmungen aus polizeilichen und sittlichen Gründen: Nicht wegen Körperverletzung tritt Strafe ein, sondern wegen des Verstoßes gegen Religion und die Rechtsordnung. Im andern Fall tritt die Strafe aus öffentlichem Interesse ein. Vielleicht kann man daraus, daß die Selbstverstümmelung nur für den obigen Fall

[1]) So auch Hartmann. S. 701. Gröber, S. 15.

[2]) L. 6,7. Dig. 49,16.

[3]) L. 4,2. Dig. 48,8.

bestraft wird, daraus folgern, daß man in sonstigen Fällen auf die Integrität des Körpers verzichten konnte. Aber wie gesagt, eine positive Entscheidung darüber existiert nicht[1]).

Gemeines Recht.

Auch im gemeinen Recht fehlt es an positiv gesetzlicher Regelung unserer Frage. Infolgedessen sind die Ansichten darüber sehr verschieden, besonders als Philosophie und Moral ihren Einfluß auf die Rechtswissenschaft zu üben begannen und zu einer Entscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern führten. Nach dieser Ansicht gilt der Satz volenti non fit iniuria nur bei den veräußerlichen, dagegen gilt die Einwilligung bei den unveräußerlichen Rechtsgütern als nichtig, da kein Mensch die freie Verfügung über diese Güter hat. Zu den letzteren Gütern zählen vor allen Dingen das Leben und die Körperintegrität[2]).

Im Gegensatz hierzu machen andere die volle Geltung des Satzes volenti non fit iniuria geltend mit der Begründung, daß die Grundsätze der Moral und Philosophie vom Recht nicht berücksichtigt werden dürften. Nach der Rechtsordnung solle jeder Mensch die freie Verfügung über alle Rechte haben, da das Recht auf dem subjektiven Willen des Menschen beruhe. Infolgedessen könne der Mensch auch jederzeit auf

[1]) Ebenso Hartmann, S. 705/6; Breithaupt, S. 10; Gröber, S. 15.

[2]) Stübel im Neuen Archiv IX, S. 559. Henke, Handbuch, S. 232. Tittmann, Handbuch, S. 300.

seine Rechte verzichten. Wer aber auf seine Rechte verzichten könne, könne auch die Verletzung derselben durch einen anderen vornehmen lassen, ohne daß dieser eine rechtswidrige Handlung begehe. Nach dieser Ansicht bewirkt also die Einwilligung in die Körperverletzung den Ausschluß der Rechtswidrigkeit.

Diese Ansicht wird folgendermaßen widerlegt[1]): Das Recht beruhe keineswegs nur auf dem subjektiven Willen des Einzelnen sondern auch auf objektiven Momenten. Es gäbe auch Rechtsgüter, an deren Erhaltung dritte Personen oder der Staat ein Interesse hätten. Bei diesen könne deshalb die Einwilligung den Ausschluß der Rechtswidrigkeit nicht bewirken.

Diese Auffassung halten wir auch nach dem jetzigen Stand der Rechtswissenschaft für richtig. Die Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern ist nicht durchführbar. Allerdings kann niemand seinen Körper einem anderen in der Weise überlassen, daß derselbe ein Verfügungsrecht darüber erhält; aber daraus folgt doch noch nicht, daß die jemand mit seiner Einwilligung zugefügte Verletzung widerrechtlich ist[2]). Andererseits führt die Ansicht, daß jeder immer nach seinem Willen über seine Rechte verfügen könne, zu weit; denn dann müßten selbst Handlungen, die allgemein als wider-

---

[1]) Binding, Normen I, S. 1889—1893. Liszt, S. 325. Hartmann, S. 730.

[2]) Wächter, Gerichtssaal XX, 2/3. Oertmann, Arch f. gemeines Deutsch. und Preußisches Strafrecht XXV, S. 111.

rechtlich anerkannt sind, rechtlich erlaubt sein[1]). Man muß vielmehr an die einzelnen Bestimmungen des positiven Rechts herantreten und ihren Sinn und Zweck untersuchen. Ergibt sich daraus, daß die Rechtsordnung dem Rechtsgute eine über die Person des Trägers hinausreichende Bedeutung einräumen will, so kann die Einwilligung in die Verletzung des Rechtsguts die Rechtswidrigkeit nicht ausschließen[2]).

III. Bürgerliches Recht.

Über den Einfluß der Einwilligung schweigt das Bürgerliche Gesetzbuch. Der erste Entwurf hatte in § 706 bestimmt: Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Schadensersatzanspruch nicht zu.

Mit Recht wurde der § 706 von der zweiten Kommission wieder gestrichen, da der Satz in dieser Allgemeinheit nicht richtig ist. Dem Beschädigten steht nur dann ein Schadensersatzanspruch zu, wenn die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist. Ob dieses aber im einzelnen Falle zutrifft, muß nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden[3]). Bislang ist aber der Einfluß der Einwilligung des Verletzten nach ihrer zivilrechtlichen Seite wenig beachtet worden. Das hat seinen Grund darin, daß derartige Ansprüche selten

[1]) Z. B. Blutschande, § 173 St. G.

[2]) Liszt, Deliktsobl. S. 96. Matthiaß, S. 410. Planck, S. 977. Hartmann, S. 770. Burckhardt, Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht. Z. f. Schw. R. 44. S. 515.

[3]) Zitelmann, S. 48.

gerichtlich verfolgt werden. Und doch ist die Frage von großer praktischer Bedeutung.

Durch die Einwilligung soll die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden. Dieser Erfolg kann nur durch eine darauf gerichtete, rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Inhabers des geschützten Rechtsguts eintreten[1]), d. h., die Einwilligung muß, um wirksam zu sein, allen für das Rechtsgeschäft aufzustellenden Erfordernissen genügen. Diese juristische Natur der Einwilligung ist mehrfach[2]) bestritten worden mit der Begründung, die Einwilligung könne deshalb kein Rechtsgeschäft sein, weil sie nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sei. Daher sei sie nur eine Willenserklärung tatsächlicher Natur. Das ist u. E. ein Irrtum. Darin ist den Gegnern Recht zu geben, daß dem Täter kein Recht zur Handlung im objektiven Sinne übertragen wird. Aber die Rechtslage der beiden Parteien wird in subjektiver Beziehung geändert, dem Täter wird auf Grund der Einwilligung die Möglichkeit gegeben, er erhält die Befugnis, die Verletzung auszuführen, ohne die Subjektivität des Einwilligenden zu beeinträchtigen. Das ist aber u. E. ein vom Einwilligenden beabsichtigter juristischer Erfolg. Daran ändert auch nichts, daß der Einwilligende in der Regel jederzeit widerrufen kann. Das bedeutet nur, daß er nicht verpflichtet ist, sich die Verletzung gefallen zu lassen[3]). Mithin ist die Einwilligung eine

[1]) Zitelmann, S. 48. Planck, S. 977.
[2]) Linkelmann, S. 81. Kessler, S. 20.
[3]) Zitelmann, S. 55. Breithaupt, S. 32.

rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die einen rechtlichen Erfolg beabsichtigt. Daraus folgt, daß sie den Erfordernissen des Rechtsgeschäfts, mithin nach § 138 B. G. B. den guten Sitten entsprechen muß, widrigenfalls sie nichtig ist[1]). Es erübrigt sich in unserem Falle, näher auf den Begriff der guten Sitten einzugehen. Unzweifelhaft ist, daß dasjenige Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, das auf eine Handlung hinzielt, die selbst von der Rechtsordnung verboten und gemißbilligt wird. Und das ist der Fall beim Zweikampf. Der Zweikampf ist im Strafgesetzbuch § 201 ff verboten und darum muß auch die Einwilligung in den strafbaren Zweikampf nach § 138 B. G. B. nichtig sein[2]).

Noch aus einem zweiten Grunde muß die Einwilligung in den strafbaren Zweikampf nichtig sein. Wir haben oben gesehen, daß durch die Einwilligung dem Täter eine Befugnis zur Verletzung eingeräumt wird. Aus dieser Befugnis folgt, daß die Einwilligung den Ausschluß der Rechtswidrigkeit sowohl im Strafrecht wie im Zivilrecht gleichmäßig bewirken muß, da es unmöglich ist, daß in einem Rechtsteil eine Handlung verboten, also rechtswidrig, im andern dagegen erlaubt sein soll[3]). In § 201 Strafgesetzbuch ist sowohl die Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen wie auch die Annahme der Herausforderung, also auch in die darin liegende Einwilligung

[1]) R. G. Jur. Woch. 1907, S. 907.

[2]) Liszt, Deliktsoblig., S. 96. Zitelmann, S. 80. Planck, S. 977.

[3]) A. M. Linkelmann, S. 80.

verboten. Der Zweck der Bestimmung ist ja, das Leben und den Körper gegen die Einwilligung des Verletzten zu schützen. Mithin muß auch die Einwilligung in den strafbaren Zweikampf nach § 134 BGB. zivilrechtlich nichtig sein[1]).

Anders liegt der Fall des nicht strafbaren Zweikampfes. Hierunter fallen besonders die studentischen Schlägermensuren[2]). Diese werden daher durch die Bestimmungen des Strafrechts nicht getroffen. Mithin kann die Einwilligung weder nach § 134 noch aus dem oben angeführten Grunde nach § 138 BGB. nichtig sein. Beim nicht strafbaren Zweikampf wird es vielmehr auf den Zweck ankommen, der dabei verfolgt wird. In der Regel wird also die Einwilligung, da der Zweck der der Übung und der Stählung des Mutes ist, auch zivilrechtlich wirksam sein und den

---

[1]) Matthiaß, S. 410. Zitelmann, S. 70. Linkelmann, S. 80. Staudinger, S. 1426. A. M. Seydel. Die Einwilligung des Verletzten, S. 23. Seydel argumentiert folgendermaßen: Da § 205 St.G. den Zweikampf ohne Rücksicht auf eine Verletzung strafe, so müsse die gewöhnliche Verletzung im Zweikampf als Körperverletzung straflos bleiben. Dasselbe habe für das Zivilrecht zu gelten. Diese Argumentation Seydels ist falsch; denn die im Zweikampf zugefügte Verletzung wird zwar nicht als Körperverletzung, sondern als natürlicher Bestandteil des Zweikampfes bestraft. Meyer. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 398.

[2]) A. M. R. G. VIII, S. 87. Dagegen fast die ganze Litteratur. Der Gebrauch der Waffe und besonders die angewendeten Schutzmaßregeln lassen die Waffe als eine nicht tödliche erscheinen. Richtig, R. G. Bd. VI., S. 61.

Ausschluß der Rechtswidrigkeit bewirken. Liegt dagegen dem Zweikampf eine Beleidigung zugrunde, so ist auch in diesem Falle die Einwilligung als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig, da ihr Zweck Wiederherstellung der Ehre sein soll[1]).

3. Den Verletzer muß ein Verschulden treffen.

Ein objektiv rechtswidriger Eingriff allein verpflichtet den Täter noch nicht zum Schadensersatze. Es muß vielmehr nach § 823, Abs. 1, noch die Zurechenbarkeit, das Verschulden hinzukommen. Dies ist entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Zum Vorsatz gehört nach der im BGB. herrschenden Vorstellungstheorie, daß der Handelnde sich den rechtswidrigen Erfolg vorstellte, daß er das Bewußtsein hatte, die Handlung werde den rechtswidrigen Erfolg herbeiführen[2]). In den Fällen, in denen die Verletzung nur durch den Schlag entstanden ist, liegt zweifellos eine vorsätzliche Handlung vor. Der Täter hat ja nicht nur das Bewußtsein sondern sogar die Absicht der rechtswidrigen Verletzung gehabt. Wie ist es aber in den Fällen, in denen durch einen unglücklichen Zufall z. B. Verrutschen der Paukbrille das Auge verletzt oder die Verletzung durch Abspringen der Klinge herbeigeführt wurde? Sicherlich hat sich der Schädiger die Ver-

[1]) Zitelmann, S. 80.

[2]) Matthiaß, S. 143.

letzung des Auges nicht vorgestellt, die Verletzung wäre auch ohne den unglücklichen Zufall nicht eingetreten. Trotzdem ist die Verletzung eine vorsätzliche. Die Vorstellung braucht sich nicht auf alle Folgen der Handlung zu beziehen. Der Täter haftet für den daraus entstehenden Schaden. Es ist keineswegs erforderlich, daß beim Ausholen zum Schlage die Verletzung des Auges resp. das Abspringen der Klinge vorausgesehen war. Es genügt die Voraussehbarkeit einer Körperverletzung, und das ist der Fall[1]).

4. Zwischen der Handlung und dem rechtswidrigen Erfolge muß Kausalzusammenhang vorliegen.

Als vierte und letzte Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 ist noch zu untersuchen, ob ein Schaden entstanden ist und ob dieser im Kausalzusammenhang mit dem schuldhaften rechtswidrigen Eingriff steht. Daß bei Körperverletzungen ein Schaden entsteht, ist selbstverständlich. Selbstverständlich ist auch, daß dieser Schaden in der Regel mit der Handlung des Schädigers im Kausalzusammenhange steht, da der Schaden ja unmittelbar durch den Hieb bezw. Schuß oder Stoß entstanden ist.

Nicht so einfach jedoch liegt der Fall, wenn die Verletzung durch den Hieb und durch den unglücklichen Zufall z. B. Abspringen der Klinge herbeigeführt

[1]) S. M. Liszt, S. 29/30. Ebenso Traeger, S. 198.

wurde. Um zu entscheiden, ob auch in diesem Falle der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Verletzung gegeben ist, bedarf es einer Erörterung der Lehre vom Kausalzusammenhange. Wenn nun auch vielleicht an dieser Stelle eine nähere Erörterung der Lehre noch nicht nötig wäre, so wollen wir doch unsere Stellung dazu schon jetzt begründen, da sie später von entscheidender Bedeutung sein wird.

Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg liegt vor, wenn die Handlung die Ursache des Erfolges gewesen ist. Ursache ist ein Begriff der Philisophie und bedeutet die Gesamtheit aller Bedingungen für einen Erfolg. Als solcher ist er für die Rechtswissenschaft unbrauchbar, und der Jurist muß nach einer Einschränkung suchen. Für ihn sind am meisten die Bedingungen, die ein Mensch zum Erfolg gesetzt hat, von Bedeutung. Dieser kann aber unmöglich alle Bedingungen setzen. Was nun aber Ursache im juristischen Sinne bedeutet, ist von den einzelnen Schriftstellern sehr verschieden ausgelegt worden.

Im allgemeinen lassen sich folgende beiden großen Gruppen von Theorien unterscheiden.

1. Die Bedingungstheorie[1]) lehrt die Gleichwertigkeit aller Bedingungen. Nach ihr ist Ursache jede Bedingung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des eingetretenen Erfolges ent-

[1]) Vertreter Liszt, S. 68. v. Buri, Die Lehre vom Kausalzusammenhange. Schollmeyer, S. 38. Cosack, S. 320. R. G. in Strafsachen, Bd. 5, S. 29, Bd. 6, S. 250.

fallen müßte. Die Bedingungstheorie gibt dem Kausalzusammenhang eine allzuweite Ausdehnung, so daß sie in der Praxis zu unbilligen Ergebnissen führt. Hat z. B. der Duellant seinem Gegner eine Wunde beigebracht, und reißt dieser des Nachts im Schlafe den Verband ab, so daß der Tod durch Blutvergiftung eintritt, so hat nach der Bedingungstheorie der Duellant den Tod verursacht. Der Tod wäre ja nicht eingetreten, wenn nicht durch den Duellanten die Verletzung erfolgt wäre. Sie widerspricht eben, wie Dernburg sagt[1]), der praktischen Vernunft, den Anforderungen des Lebens und der Praxis[2]).

2. Die andere Gruppe unterscheidet zwischen Ursache und Bedingung in objektiv-qualitativer Beziehung. Die Vertreter[3]) lehren, nicht jede Bedingung ohne irgend welche Ausnahme ist Ursache im juristischen Sinne, sondern nur die ganz besonders qualifizierte Bedingung. So sagt Birkmeyer: „Ursache ist diejenige unter den Bedingungen des Erfolges, die mehr als die übrigen Bedingungen zum Erfolg beigetragen hat.“ Kohler lehrt: Ursache ist im Gegensatz zur bloßen Bedingung das die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element.“ Alle diese Formulierungen haben sich juristisch als unbrauchbar erwiesen und ihre Bedeutung mehr oder

[1]) S. 75.

[2]) Oertmann, S. 32. Träger, S. 75. Rümelin, S. 262.

[3]) Binding, Normen I, S. 112. Birkmeyer, Gerichtssaal 37, S. 272. Dernburg, S. 75. Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, S. 83 ff.

minder verloren[1]). Ihr Fehler beruht darauf, daß sie nur den konkreten Fall in Betracht ziehen, aus den begrifflichen Momenten der Kausalität ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Ursache und Bedingung gewinnen wollen und unter den vielen Bedingungen eine einzige herausgreifen und sie als Ursache bezeichnen[2]). Darin hat gerade die Bedingungslehre Recht, daß im konkreten Fall sich kein Unterschied bezüglich der Wirkung der einzelnen Bedingung machen läßt. Jede einzelne Bedingung ist gerade so gut und gerade so wenig Ursache wie jede andere.

Wenn es nun auch richtig ist, daß es keine besonders geartete Bedingung als Ursache im Gegensatz zu den übrigen gibt, so gibt es doch einen Weg, unter den vielen Bedingungen eine Abgrenzung zu treffen, die praktisch brauchbare Entscheidungen liefert. Diesen Weg hat die Theorie der adäquaten Verursachung eingeschlagen[3]). Diese Theorie sieht von

---

[1]) Staudinger, S. 36. Rumpf, S. 43.

[2]) Traeger, S. 115. Leyden, S. 8.

[3]) Vertreter: v. Kries, Begründer über den Begriff der objektiven Möglichkeit. Matthiaß, S. 187. Traeger, S. 159. Rümelin, Arch. für ziv. Praxis. Bd. 90, S. 171. Oertmann, S. 32. Crome 1, S. 475. Zitelmann I, S. 155. Rumpf, S. 28ff und das R. G. in den Zivilsenaten. J. W. 06, S. 231. Jur. W. 08, S. 526. Recht 08, II, Ziffer 1547. Besonders in der letzten Entscheidung heißt es: Nur diejenige Bedingung gilt als kausal, die nach der Regel des Lebens und nach der Erfahrung der Wissenschaft von vornherein geeignet war, sei es für sich, sei es in Verbindung mit andern Bedingungen den Erfolg zu fördern.

dem konkreten Fall ab und verallgemeinert ihn. Sie fragt nicht wie die oben genannten Theorien: „hat diese Handlung diesen Erfolg verursacht?“ sondern sie fragt: „ist eine solche Handlung allgemein geeignet, einen solchen Erfolg herbeizuführen?“[1]) Die Lehre von der adäquaten Verursachung nennt diejenige Bedingung Ursache, die generell geeignet ist, den Erfolg zu bewirken (v. Kries). Wann ist aber eine Bedingung generell geeignet, den eingetretenen Erfolg zu bewirken? Hier die richtige Basis für das Möglichkeitsurteil zu finden, darauf beruht die Schwierigkeit. Diese Lösung hat nach unserer Meinung am besten Traeger gefunden. Um nach ihm das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zu Grunde zu legen, und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehung der Handlung (oder zur Zeit des Eintritts des sonstigen Ereignisses) vorhandenen Bedingungen, die dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst außerdem noch bekannten. Von den übrigen Bedingungen ist zu abstrahieren. Daraus ergibt sich, daß Ursache im Rechtssinne eine rechtswirksame Tatsache bedeutet, die den hinreichenden Grund liefert, um daran eine Rechtswirkung zu knüpfen. Wenn man der Theorie der adäquaten Verursachung eine Verquickung von Verursachen und Verschulden

[1]) Der Theorie der adäquaten Verursachung nahe stehen: v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhange, Enneccerus-Lehmann, S. 406, und besonders Staudinger, S. 40.

vorwirft[1]), so ist das ja in gewisser Weise zuzugeben. Ganz besonders ist dieser Vorwurf gerechtfertigt gegen die Lehre v. Kries, da nach ihm das Möglichkeitsurteil von dem subjektiven Standpunkte des Täters, nicht aber wie bei Traeger vom objektiven Standpunkt des Richters aus abgegeben werden soll. Gerechtfertigt ist er auch gegen die Traegersche Formulierung insoweit, als Traeger die dem Täter bekannten Bedingungen bei dem Möglichkeitsurteil voraussetzt. U. E. kann die Lehre von der adäquaten Verursachung diesen Vorwurf ruhig hinnehmen. Der Grund, daß auch subjektive Momente in Betracht gezogen werden müssen, liegt darin, das u. E. die Lehre vom Kausalzusammenhange weiter nichts ist, als die Lehre von der Haftbarkeit selbst. Es liegen eben nicht bloße Tatsachen vor, sondern das Handeln eines Subjekts. Deshalb hebt Weinrich[2]) mit Recht hervor, daß die Schuldfrage von der Frage nach dem Kausalzusammenhange nicht zu trennen ist[3]), da es sich juristisch um ein Verantwortlichmachen handelt. Wer damit nicht einverstanden ist, dem bleibt weiter nichts übrig als Bedingungslehre, d. h. den Kausalzusammenhang unendlich weit zu erstrecken[4]). Das beweist deutlich das

---

[1]) Radbruch, S. 10, S. 26. Gottschalk, S. 16. Süßmann, S. 23.

[2]) S. 16.

[3]) So auch Staudinger, S. 40 u. 43.

[4]) v. Bar, Die Lehre von der Culpa, S. 55.

Traegersche Beispiel mit dem Pulverfaß[1]). Haben die Arbeiter Kenntnis von dem Inhalt des Fasses, liegt Kausalzusammenhang vor und die Haftung tritt ein[2]), haben sie keine Kenntnis, wird wohl mit Ausnahme der Bedingungstheorie nach keiner Theorie Kausalzusammenhang vorliegen, und deshalb keine Haftung eintreten. Daraus folgt, daß für die Erwägung, ob Kausalzusammenhang vorliegt, auch subjektive Momente, die dem Täter bekannten Bedingungen in Betracht gezogen werden müssen[3]).

Die Theorie der adäquaten Verursachung entspricht auch dem Standpunkt des B. G. B. Zwar direkt hat das B. G. B. zur Lehre vom Kausalzusammenhange überhaupt nicht Stellung genommen[4]), doch kann aus einigen Bestimmungen indirekt auf eine Stellungnahme geschlossen werden. Es hätte doch gar keinen Sinn, daß in § 287 und 848 B. G. B. eine ausdrückliche Haftung für zufällige, also inadäquate Folgen angeordnet wird, wenn darin die Regel des Gesetzes erblickt werden sollte. Man muß eben diese Paragraphen als Ausnahmen betrachten[5]).

---

[1]) S. 144. Den Arbeitern des Lloyddampfers Mosel entglitt das von dem Massenmörder Thomas aufgegebene, angeblich Kaviar enthaltene Faß beim Einladen in das Schiff, es stürzte auf das Straßenpflaster und explodierte. Mehr als 100 Personen wurden getötet.

[2]) S. 161.

[3]) Ebenso Oertmann, S. 33.

[4]) Motive, S. 18.

[5]) Dieselbe Begründung Traeger, S. 262. Rümelin, S. 274. Oertmann, S. 33. Leyden, S. 19. A. M. Enneccerus-Lehmann, S. 404. Planck, S. 21. Gottschalk, S. 45.

Es fragt sich nun, ob vom Standpunkt der adäquaten Theorie der Kausalzusammenhang in den Fällen gewahrt ist, in denen die Verletzung durch den Schlag und den unglücklichen Zufall entstanden ist. Die Frage lautet: ist der Schlag allgemein geeignet, die Verletzung herbeizuführen? oder mit Traeger: „erhöht dieser Schlag die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen in nicht unerheblicher Weise?“ Diese Frage muß zweifellos bejaht werden. Die zweite Bedingung, das Abspringen der Klinge wurde ja erst durch den Schlag ermöglicht. Es entspricht der Erfahrung des Lebens, daß beim Zweikampf häufiger die Klinge abspringt, und mit einem solchen Umstande muß gerechnet werden[1]).

§ 2. Die Schadensersatzpflicht findet ihre Einschränkung in § 254 B. G. B. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 254.

Wir haben gesehen, daß sämtliche Voraussetzungen des § 823, Abs. 1, bei Verletzungen aus Zweikampf vorliegen und demnach an und für sich eine Schadensersatzpflicht besteht. Kann nun diese Schadensersatzpflicht nicht einer Beschränkung unterliegen? Eine solche Möglichkeit ist in § 254 B. G. B. Abs. 1 gegeben.

---

[1]) A. M. Blüthgen, S. 14; derselben Meinung Gröber, S. 73.

Es heißt daselbst: „hat bei Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem andern Teile verursacht ist."

Für eine Anwendung des Paragraphen sind demnach die Voraussetzungen:

1. Es muß ein Schaden entstanden sein, den der Schädiger zu ersetzen verpflichtet sein muß.
2. Der Beschädigte muß bei der Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt haben. Da wir die erste Voraussetzung erwiesen haben, haben wir noch das Vorliegen der zweiten zu untersuchen.

2. Das mitwirkende Verschulden.

I. Römisches und Gemeines Recht.

Die gemeinrechtliche Literatur bezeichnet unter mitwirkendem Verschulden die Lehre von der Culpacompensatio. Zunächst könnte der Ausdruck Compensatio den Gedanken nahelegen, daß es sich wie bei Forderungen um ein Aufrechnen handele. Doch dieser ist, wie im allgemeinen anerkannt wird, nur in übertragener Bedeutung zu verstehen. Es handelt sich nicht um ein Aufrechnen in dem Sinne, daß dadurch die culpa aufgehoben und beseitigt wird, sondern nur um ein Abwägen. Eine culpa kann nicht aufgehoben werden, da sie bestehen bleibt, wenn sie einmal in

Erscheinung getreten ist[1]). Culpae compensatio ist nach römischem und gemeinem Recht ein Haftausschließungsgrund. Der an und für sich haftende Schädiger wird von der Haftung befreit, da auf seiten des Beschädigten ein Verschulden vorliegt. In der rechtlichen Begründung hierfür gehen die Ansichten auseinander.

Demelius[2]) sieht den Haftausschließungsgrund darin, daß in der culpa des Beschädigten eine Einwilligung in den rechtswidrigen Erfolg des Schädigers vorliege und deshalb nach dem Satze volenti non fit iniuria keine Haftung eintreten könne. Diese Ansicht ist nicht richtig; sie entspringt der irrtümlichen Vorstellung, daß die Schuld mit dem Wollen des Erfolges übereinstimme. Bei dem fahrlässig Handelnden kann aber gewiß nicht von einem Wollen des Erfolges die Rede sein, da er sich noch nicht einmal des Erfolges bewußt ist[3]). Daß es allerdings Fälle gibt, in denen Demelius recht hat, ist nicht zu leugnen. Unser Fall ist ja, wie wir oben gesehen haben, ein Beispiel dafür. Die Ansicht des Demelius ist aber nicht die Regel.

Momsen[4]) und mit ihm Windscheid erblicken

[1]) Gottschalk, S. 54. Wendt, Jherings Jahrb. 31, S. 156. Ruhm, S. 10.

[2]) Jherings Jahrb. Bd. 5, S. 67.

[3]) Wendt 153, 154. Pernice, S. 59. So auch Süßmann, S. 41. Ruhm, S. 18.

[4]) Lehre vom Interesse, S. 164. Windscheid, Pandekten II, S. 57.

den Rechtsgrund der Culpacompensatio in der Billigkeit. „Der eingetretene Schaden wird nicht in Anrechnung gebracht, wenn derselbe ungeachtet des Eintretens der gedachten Tatsache durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte vermieden werden können. Nichts sei natürlicher, als daß jeder die Folge der eigenen Nachlässigkeit trage: Quod quis ex culpa sua sentit, damnum sentire non intellegitur[1])." Diese Auffassung ist für das gemeine Recht die herrschende gewesen. Sie trifft jedoch nicht für alle Fälle zu, und selbst in den zutreffenden Fällen führt sie zu unbilligen Resultaten, da sie das Verschulden des Schädigers überhaupt nicht berücksichtigt[2]).

Pernice sieht in seiner Lehre von der Sachbeschädigung[3]) den Rechtsgrund der Culpacompensatio in der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. „Die neglegentia des Beschädigten stelle den Kausalzusammenhang zwischen culpa des Schädigers und dem damnum in Frage." Wenn nun auch Pernice später seine Ansicht selbst nicht mehr aufrecht erhalten hat[4]), da sie für die überwiegende Mehrzahl der Fälle nicht zutrifft, so geht doch daraus hervor, daß unter der gemeinrechtlichen Culpacompensatio verschiedene streng von einander zu unterscheidende Fälle verstanden sind. Das ist aber der Grund für

[1]) D. 50. l. 17. 203.

[2]) Wend, S. 157. Demelius, S. 67. Süßmann, S. 43. Gröber, S. 29.

[3]) S. 60.

[4]) Labeo II, S. 97.

die verschiedene rechtliche Begründung der Haftausschließung der Culpacompensatio[1]). Es sind drei Fälle zu unterscheiden.

1. Der Fall, in dem eine gesetzliche Haftpflicht des Schädigers ohne sein Verschulden entsteht, die Haftpflicht jedoch durch das mitwirkende Verschulden ausgeschlossen wird[2]).

2. Der Fall der sog. echten Culpacompensatio, welcher dann vorhanden ist, wenn Schädiger und Beschädigte den Erfolg zusammen verursacht haben und beide Ursachen im Kausalzusammenhange mit dem Erfolg stehen[3]).

3. Der Fall der sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. Dieser ist dann vorhanden, wenn der Schädiger in die Rechtssphäre des Beschädigten eingegriffen hat, der Erfolg selbst aber oder in seiner

[1]) Ebenso Gröber, S. 30.

[2]) Beispiel D. 9. 1. 1. 2 § 1. Si quis aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant.

[3]) Beispiel D. 9, 2 l. 11. Item Mela scribit, si, cum pila quidem luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiceret sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri.

ganzen Schwere erst durch einen neu hinzutretenden, vom Schädiger unabhängigen Umstand entstanden ist[1]).

Nur die beiden ersten Fälle fallen unter den Rechtsschutz der Culpacompensatio. Streng genommen auch der erste Fall nicht, da von einer Culpacompensatio doch nur die Rede sein kann, wenn auf beiden Seiten culpa vorhanden ist. Zum Unterschied von einander wollen wir Fall 1 den der unechten im Gegensatz zur echten Culpacompensatio nennen. Sie haben das Gemeinsame, daß sowohl auf Seiten des Schädigers wie des Beschädigten Kausalzusammenhang vorliegt und das ist Bedingung für die Anwendung der Culpacompensatio[2]). In solchen Fällen ist der Haftausschließungsgrund die Billigkeit, also die Mommsensche Theorie, d. h. der Beschädigte kann den Schaden nicht ersetzt verlangen, wenn derselbe durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können[3]). Und zwar schließt nach römischem und dem älteren gemeinen Recht selbst das kleinste Verschulden die Haftpflicht des Schädigers aus. Nur beim arglistigen Schädiger wurde eine Ausnahme gemacht: er konnte sich nicht auf ein Verschulden des Verletzten beziehen[4]).

Anders verhält es sich aber in dem dritten Falle. Dieser fällt nicht unter den Rechtssatz der Culpa-

[1]) Beispiel D. 9. 2 1, 30. § 4. Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.

[2]) So auch Leyden, S. 34. Ruhm, S. 19. Gröber, S. 33.

[3]) Wendt, S. 152.

[4]) Leyden, S. 36. Süßmann, S. 60. Labowsky, S. 38.

compensatio, da der Haftausschließungsgrund nicht die culpa des Beschädigten, sondern der mangelnde Kausalzusammenhang zwischen Handlung des Täters und dem Erfolge ist[1]). Da nun aber immerhin in den hierher gehörenden Fällen der Erfolg nicht eingetreten wäre, wenn der Täter die Bedingung nicht gesetzt hätte, so spricht man hier von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. Diese Bezeichnung ist bekämpft worden mit der Begründung, entweder sei der Kausalzusammenhang vorhanden oder nicht, eine einmal bestehende Kette könne nicht unterbrochen werden[2]). Das ist zweifellos richtig. Da wir aber oben gesagt haben, daß u. E. die Lehre vom Kausalzusammenhang weiter nichts sei, als die Frage, wie weit die gesetzliche Haftung reiche, so läßt sich dieser Ausdruck wohl verstehen[3]). Es soll eben damit gesagt sein: bis dahin reicht die Haftung, weiter nicht. Die Bezeichnung ist allerdings entbehrlich, wegen seiner Kürze wollen wir ihn aber doch beibehalten. Auch das Oberlandesgericht in Köln hat in einer neueren Entscheidung diesen Ausdruck gebraucht[4]).

Wir haben oben gesehen, daß nach römischem und älterem gemeinen Recht jedes konkurrierende Verschulden des Beschädigten seinen Ersatzanspruch ausschließt mit Ausnahme bei arglistiger Beschädigung.

---

[1]) Ruhm, S. 19. Leyden, S. 24. Gröber, S. 33.

[2]) Liszt, S. 74. Rümelin, S. 264. Leyden, S. 17. Köhler, S. 52.

[3]) So auch Gottschalk, S. 35.

[4]) Recht 1906, S. 49.

Hiergegen macht sich in der jüngeren gemeinrechtlichen Literatur eine Strömung geltend, die aus Billigkeitsrücksichten die Vergleichung des mitwirkenden Verschuldens mit dem schuldhaften Verhalten des Täters fordert[1]). In der Tat wäre es unbillig, ja ist dem Gedanken der Culpacompensatio geradezu widersprechend, wenn jedes leichte Verschulden des Beschädigten seinen Anspruch vernichten sollte. Gerechte Resultate werden nur erzielt, wenn das beiderseitige Verschulden gegen einander abgewogen wird und nur das überwiegende Verschulden des Beschädigten haftausschließende Kraft hat. Daran ist jedoch unbedingt festzuhalten, daß der Schuldige sich nicht auf das eigene Verschulden des Beschädigten beziehen kann, wenn er den Schaden dolos, absichtlich herbeigeführt hat. Der Rechtsgrund dafür ist, daß nach römischer Vorstellung dolus und culpa nicht unter einen Begriff fallen, vielmehr quantitativ und qualitativ verschieden sind[2]). Hat jedoch auch der Beschädigte dolos gehandelt, dann bleibt nach der gemeinrechtlichen Praxis dem Schädiger die Haftung erspart, da der Beschädigte dann nicht die Billigkeitsrücksichten, die dem fahrlässig Handelnden zu gute kommen, verdient.

Hieraus folgt, daß nach römischem und gemeinem Recht der Duellant keinen Ersatzanspruch hat. Er hat selbst dolos gehandelt, dadurch daß er in den Zweikampf einwilligte, und deshalb muß ihm nach

[1]) Wendt, S. 165. Dernburg, Pandekten, S. 128 und die Praxis RG. Seuff. Arch. Bd. 48 Nr. 30.

[2]) Ruhm, S. 52. Gröber, S. 35. A. M. Leyden, S. 37.

dem Grundsatz volenti non fit iniuria der Ersatzanspruch versagt werden. Er hat, wie schon oben gesagt[1]), zwar den Schaden nicht direkt gewollt, aber er hat ihn zugelassen. Und das genügt auch nach römischem und gemeinem Recht[2]).

II. B. G. B.

Nachdem wir gesehen haben, was das gemeine Recht unter Culpacompensatio versteht, ist nun das mitwirkende Verschulden des § 254 B. G. B. zu untersuchen.

Wir behandeln zunächst das „mitwirken". Aus dem Wortlaut des § 254 „bei Entstehung des Schadens mitgewirkt" geht deutlich hervor, daß Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist, daß zwischen der Handlung des Täters und dem Erfolg einerseits und der Handlung des Beschädigten und dem Erfolg anderseits Kausalzusammenhang bestehen muß[3]). Beide Tätigkeiten müssen den Erfolg zusammen verursachen. Das wird u. E. viel zu wenig beachtet und ist von großer Bedeutung für die Auslegung des § 254. Deshalb sind wir auch mit der Bemerkung Oertmanns nicht einverstanden. Oertmann sagt S. 55: „Nur muß das Verschulden, um so zu wirken, im Sinn einer Be-

[1]) S. 11.

[2]) Zu demselben Resultat gelangen Gröber, S. 35 und Ganzhorn, S. 24, aber mit anderer Begründung, da sie eben beim Zweikampf keine Einwilligung annehmen. Sie versagen den Anspruch, da der Beschädigte selbst die Absicht gehabt hat, seinen Gegner zu verletzen.

[3]) Traeger, S. 328 und 344. Gottschalk, S. 65.

dingung immerhin mitgewirkt haben.“ Die Tätigkeit des Beschädigten muß nicht nur eine Bedingung im Sinne einer condicio sine qua non, sondern eine Mitursache für den Erfolg sein. Bei Oertmann, der die adäquate Verursachungstheorie vertritt, kommt das allerdings auf das dasselbe hinaus, da bei dieser Theorie das schuldhafte Setzen einer condicio sine qua non immer auch Ursache ist [1]). Die sogenannten individualisierenden Kausalitätstheorien [2]) aber unterscheiden gerade zwischen Ursache und Bedingung. Aus diesem Grunde betonen wir deshalb, daß ein „mitwirken“ des Beschädigten nur dann vorliegt, wenn zwischen Handlung des Beschädigten und dem Erfolg Kausalzusammenhang vorliegt. Es fallen also unter § 254 diejenigen Fälle, die wir als echte und unechte Culpa compensatio bezeichnet haben, dagegen nicht die der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. Auch beim Zweikampf gibt es solche Fälle, z. B. der verletzte Duellant vernachlässigt die Wunde oder reißt den Verband ab, so daß die Verletzung sich bedeutend verschlimmert. Für Verschlimmerung haftet der Duellant nicht [3]).

Gehen wir nunmehr zur Bedeutung des mitwirkenden Verschuldens über. Es liegt auf der Hand, daß hier das Gesetz meint: hat eine schuldhafte Handlung mitgewirkt, da ein Verschulden niemals kausal sein kann [4]). Die Fassung ist daher zu erklären,

[1]) Traeger, S. 328.
[2]) Traeger, S. 80.
[3]) Gröber, S. 74.
[4]) Liszt, S. 81. R. G. 54, S. 410.

daß Verschulden im Volksmunde gleichbedeutend mit schuldhaft verursachen ist[1]). Deshalb ist die Meinung Endemanns[2]), daß Verschulden gleich bloßes verursachen bedeutet, nicht richtig, entspricht auch nicht der Fassung des § 254, das, wie aus dem Nachsatz hervorgeht, Verschulden von verursachen unterscheidet[3]). Die Ausdrucksweise: „mitwirkende Verschulden" ist aber ein Beweis für unsere obige Behauptung, daß regelmäßig der Kausalzusammenhang im juristischen Sinne vom Schuldmoment untrennbar sei[4]).

Verschulden im Rechtssinne setzt Verletzung einer Rechtspflicht, also Rechtswidrigkeit voraus. Davon kann beim Verschulden des Beschädigten keine Rede sein[5]). Es gibt keine Rechtspflicht innerhalb der eigenen Rechtssphäre. Dem steht auch nicht entgegen, daß in § 254 das eigene Verschulden mit Rechtsnachfolgen bedroht ist. Diejenigen, die sich zum Beweise dafür, daß auch das eigene Verschulden eine Übertretung der Rechtspflicht enthalte, auf § 254 beziehen[6]), begehen den Fehler, daß sie voraussetzen, was sie erst beweisen sollen. Anstatt erst nach dem Rechtsgrunde der Anrechnung zu fragen, sagen sie:

---

[1]) Traeger, S. 339.

[2]) S. 757. Ebenso Bienenfeld, Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 1903, S. 489ff.

[3]) Staudinger, S. 57. Weyl, S. 799. Gottschalk, S. 78.

[4]) So auch Staudinger, S. 43.

[5]) A. M. Weyl, S. 523. Gottschalk, S. 73.

[6]) Liszt, S. 84. Endemann, § 254 Abs. 2, S. 757.

Da das eigene Verschulden angerechnet wird, muß es eine Übertretung der Rechtspflicht enthalten[1]).

Der Rechtsgrund der Anrechnung des eigenen Verschuldens in § 254 beruht vielmehr auf folgendem Gesichtspunkte. Die Rechtsordnung kann den Schaden nicht auf einen andern abwälzen, wenn der Beschädigte bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Es entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes, daß er zur Herbeiführung eines ihm schädigenden Erfolges nicht mitwirkt. Tut er das trotzdem, so mißbilligt sein Verhalten die Rechtsordnung von seinem eigenen Interessenstandpunkt. Wer pochend auf Schadensersatzpflicht eines andern jede Maßregel zur Abwendung eines ihm drohenden Schadens unterläßt, der verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er gleichwohl den vermeidlich gewesenen Schaden von dem andern ersetzt verlangt. Dieser Verstoß gegen Treu und Glauben ist es, den das Gesetz in § 254 als Verschulden bezeichnet[2]).

Wenn nun auch dieser Schuldbegriff kein Verschulden im strengen juristischen Sinne bedeutet, so finden doch die dafür einschlägigen Begriffsmerkmale entsprechende Anwendung. Deshalb muß für das eigene Verschulden Deliktsfähigkeit und nicht, wie Cohn will[3]), Geschäftsfähigkeit gefordert werden. Es handelt sich hier nicht um Willenserklärungen, sondern

[1]) So auch Leyden, S. 63.

[2]) Zitelmann, S. 166ff. Rümelin, S. 311. Staudinger, S. 58, 59. Traeger, S. 328. Oertmann, S. 53. R. G. 52, S. 351.

[3]) Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. XLIII. Jahrgang, S. 116.

um ein Delikt, bei dem der Beschädigte selbst tätig geworden ist[1]).

Das Verschulden kann nach § 276 auf Vorsatz und Fahrlässigkeit beruhen, d. h. auf Voraussicht oder Voraussehbarkeit des rechtswidrigen Erfolgs. Da das eigene Verschulden keine Rechtswidrigkeit enthält, muß es sich dementsprechend auf den schädlichen Erfolg beziehen. Die entgegengesetzte Ansicht von Oertmann[2]) und Rümelin ist nicht richtig, deckt sich auch nicht mit der Fassung des § 254; denn es heißt daselbst ausdrücklich: hat bei nicht zur Entstehung eines Schadens ein Verschulden mitgewirkt[3]). Daraus geht m. E. sogar hervor, daß sich in diesem Falle die Voraussehbarkeit ausnahmsweise auf die Entstehung des Schadens nicht nur des Erfolges beziehen muß. Das Gesetz spricht nicht von einer schuldhaften Mitwirkung bei Verletzung eines Rechtsguts, sondern bei Entstehung eines Schadens. Da mit der Voraussehbarkeit des Erfolges auch regelmäßig die Voraussehbarkeit des Schadens vorliegt und deshalb die Frage ohne praktische Bedeutung ist, brauchen wir auf dieselbe nicht weiter einzugehen. Erwähnen wollen wir nur noch, daß sich die Voraussehbarkeit keineswegs auf den ganzen Umfang des Schadens beziehen muß[4]).

Liegt nun ein mitwirkendes Verschulden beim

[1]) So auch Gottschalk, S. 82.

[2]) Oertmann, S. 55. Rümelin, S. 310.

[3]) Traeger, S. 330. Liszt, S. 83.

[4]) Traeger, S. 331/2.

Zweikampf vor? Da wir die Deliktsfähigkeit der beiden Duellanten schon oben[1]) bejaht haben, handelt es sich nur um die Kausalität. Zweifellos ist auch diese vorhanden. Ohne das Gegenübertreten zum Duell war ja die Verletzung überhaupt nicht möglich. Diese Handlung des Verletzten betrachten wir aber im Gegensatz zu Gröber und Blüthgen[2]) nicht als fahrlässig sondern als vorsätzlich. Jene erachten eben deshalb nur Fahrlässigkeit für vorliegend, weil sie in dem Gegenübertreten zum Zweikampf keine Einwilligung erblicken. Blüthgen hätte jedoch von der Vorstellungstheorie[3]) aus zu anderer Ansicht kommen müssen. Statt dessen sagt er S. 34: „Ist diese Handlung nun fahrlässig, so fragt es sich weiter, da der Vorsatz bei dem vorliegenden Tatbestand aus dem Verschulden sofort ausscheidet. Fahrlässigkeit ist die Nichtvoraussicht des voraussehbaren Erfolges bei Vornahme der Willensbetätigung.“ Diese Fahrlässigkeit liegt nach Blüthgen auf Seiten des Verletzten beim Zweikampf vor. Blüthgen vergißt aber ganz, daß der Verletzte sehr wohl die Verletzung voraussieht. Er gibt sich mit Bewußtsein in Gefahr und hat das Bewußtsein, daß ihm möglicherweise eine Verletzung zugefügt wird. Nach der Vorstellungstheorie genügt aber das Bewußtsein, daß das Gegenübertreten zum Zweikampf eine Verletzung herbeiführen werde.

[1]) S. 6/7.

[2]) Gröber, S. 35. Blüthgen, S. 36. So auch Ganzhorn, S. 24.

[3]) S. 15.

Noch in einem weiteren Punkte müssen wir den oben genannten entgegentreten. Sie behaupten, daß sich das mitwirkende Verschulden auf das Gegenübertreten zum Zweikampf beschränkt. So sagt Ganzhorn S. 24: „Das eigentliche Verschulden liegt in dem Gegenübertreten zum Zweikampf, und dies ist gegenseitig und gleich groß. Anzunehmen, daß nur zu Beginn des Duells auf beiden Seiten dies Verschulden gleich groß war, aber durch die Beibringung einer Verletzung auf der einen Seite größer wurde, so daß dem Verletzten billigerweise eine Entschädigung zukomme, scheint mir unbillig, denn die Verletzungsabsicht ist beiderseitig und das Willensmoment ist maßgebend. Ohne Zweifel hat der Beklagte den Schaden verursacht, aber seinem Verschulden steht gegenüber das dolose Verhalten des Gegners. Es entspricht der Billigkeit, das Verschulden des Verletzten nicht außer Acht zu lassen. Das Verhalten der Parteien vor dem Zweikampf hereinzuziehen und auf den Ursprung desselben zurückzugehen, wäre mühselig und mit juristischen Schwierigkeiten verknüpft.“ Mit Recht wirft Gröber[1]) ihm eine nicht genügende Trennung der Begriffe Verursachen und Verschulden vor. Denselben Vorwurf müssen wir aber Gröber selbst machen. Gröber will zwar das Verhalten der Parteien vor dem Zweikampf auch in Betracht ziehen, aber nur aus dem Grunde, weil das Gesetz dem Richter bei Verteilung der Schadenslast die Prüfung aller Umstände zur Aufgabe gemacht habe. Bei

[1]) S. 68.

Gröber setzt sich das schuldhafte Verhalten aus zwei Stadien zusammen: dem schuldhaften Willen und der äußeren Betätigung dieses schuldhaften Willens, dem Zweikampf selbst. Nur das letzte kann seiner Meinung den Erfolg herbeiführen und zur Ursache werden[1]). Darin haben Gröber und Herrmann[2]), der auf demselben Standpunkt steht, Recht, daß nach § 254 auch das Verhalten der Parteien vor dem Zweikampf vom Richter berücksichtigt werden muß. Falsch ist aber u. E. ihre Begründung. Nicht weil das Gesetz auf die Umstände verweist, muß das Verhalten der Parteien vor dem Zweikampf vom Richter in Betracht gezogen werden, sondern weil es die Verletzung mitverursacht hat. Die Beleidigung, Herausforderung, die Annahme der Herausforderung sind nicht nur condiciones sine quibus non sondern Mitursachen; denn sie sind zweifellos generell geeignet, den Zweikampf und damit die Verletzung herbeizuführen. Wie soll der Richter denn Umstände berücksichtigen, die nicht im Kausalzusammenhang mit dem Erfolge stehen? Voraussetzung für § 254 ist ja, daß nur das Verhalten, was im Kausalzusammenhange mit dem Erfolge steht, berücksichtigt wird. Darum ist die Behauptung Gröbers, daß nur die äußere Betätigung die Verletzung verursacht habe, nicht richtig. Das ganze Verhalten beim und vor dem Zweikampf hat die Verletzung verursacht. Derjenige, der die Handlung (Beleidi-

[1]) S. 69.
[2]) S. 26.

gung usw.) verübt, auf Grund deren der Gegner ihn fordert, hat die erste Mitursache gesetzt. Diese Mitursache hat die andern: Herausforderung, Annahme usw. im Gefolge. Daraus folgt, daß Ganzhorns Behauptung, das Verschulden beim Zweikampf sei in der Regel gleich, irrig ist. In der Regel ist der Zweikampf einseitig provoziert. Je nachdem nun der Verletzte gefordert hat oder gefordert ist, ist sein mitwirkendes Verschulden verschieden. Damit sind die Voraussetzungen für die Anwendung des § 254 erwiesen.

§ 3.

Die Umstände und das vorwiegende Verursachen.

Nach § 254 hängt die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem andern verursacht worden ist. Der Richter soll also in erster Linie prüfen, ob der Schädiger oder der Beschädigte den Schaden vorwiegend verursacht hat. Ist das nun möglich? Der größte Teil der Literatur bejaht die Frage, und nur ein kleiner Teil verneint dieselbe[1]). Es sei uns gestattet, unsere Meinung schon an dieser Stelle zu äußern: wir verneinen die Frage.

[1]) Für die Bejahung: Endemann, S. 756. Matthiaß, S. 187. Schollmeyer, S. 43. Goldmann-Lilienthal, S. 301. Crome, S. 74. Weinrich, S. 87. Fischer-Henle, S. 140. Und zwar wollen diese nur die Kausalität berücksichtigen.

Wir hatten gesehen, daß der Beschädigte bei Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt haben muß. Mag dieses Mitwirken der Handlung des Schädigers nun vorausgehen, mit ihr zusammenfallen oder ihr auch nachfolgen, auf alle Fälle muß der Kausalzusammenhang auf beiden Seiten gewahrt sein, um § 254 anzuwenden. Prüfen wir daraufhin die einzelnen Kausalitätstheorien.

Viele Schriftsteller[1]) behaupten, daß das B. G. B. in § 254 den Birkmeyerschen Ursachenbegriff angewendet habe. Mag immerhin eine Anlehnung daran stattgefunden haben, den reinen Ursachenbegriff, wie ihn Birkmeyer aufgestellt hat, kann das B.G.B. in § 254 nicht benutzt haben[2]). Es soll nicht bestritten werden, daß der Birkmeyersche Ursachenbegriff den für § 254 B.G.B. erforderlichen Begriff der Mitursache zuläßt; dann ist aber unbedingt die logische Konsequenz, daß die beiden Ursachen den Erfolg gleichmäßig verursacht haben. Nehmen wir an, a — b — c d verursachen den Erfolg x. Die eine Möglichkeit ist, daß entweder a oder b oder c oder d jeder für sich allein

---

Neben der Kausalität wollen auch die Grade des Verschuldens berücksichtigen: Planck, S. 35. Rümelin, S. 313, 314. Oertmann, S. 54 Dernburg, S. 80. Enneccerus-Lehmann, S. 405. Kuhlenbeck, S. 209. Gottschalk, S. 98. Rumpf, S. 106 07. Völlig ablehnend gegen den Begriff der vorwiegenden Verursachung: Staudinger, S. 57, 60. Traeger, S. 355. Liszt, S. 81. Linkelmann, S. 57/8. Leyden, S. 47/51. Köhler, S. 57. Hoeniger R. S. 223. Labowsky, S. 43.

[1]) z. B. Rümelin 312. Liszt S. 81. Endemann S. 755.

[2]) So auch Gottschalk, S. 98.

den Erfolg verursacht hat. Die andere Möglichkeit ist, daß a + b den Erfolg x verursacht haben, da sie mehr als c und d zu dem Erfolg beigetragen haben. Dann muß aber a = b sein und keine der beiden Ursachen kann vorwiegen. Deshalb können wir auch Rumpf[1]) nicht beistimmen, wenn er meinte, daß tatsächlich Fälle vorkämen, in denen der Birkmeyersche Ursachenbegriff brauchbar sei. Rumpf sagt: „läßt sich feststellen, daß das Verhalten des Täters 3/5, das des Beschädigten 2/5 des Schadens verursacht hat, so ist klar, daß der Täter den Schaden vorwiegend verursacht hat. Diesem Fall ist die Birkmeyersche Formel geradezu auf den Leib zugeschnitten." U. E. hat der Täter nach dem Birkmeyerschen Ursachenbegriff allein verursacht, da 3/5 mehr als 2/5 ist, er also eine wirksamere Bedingung zum Erfolge gesetzt hat als der Beschädigte. Daß das nicht der Billigkeit entspricht, liegt auf der Hand, aber der Birkmeyersche Ursachenbegriff läßt keine andere Möglichkeit zu[2]).

Was wir für die Birkmeyersche Theorie ausgeführt haben, trifft auch für die anderen individualisierenden Kausalitätstheorien zu.

Es bleiben also nur noch die Bedingungstheorie und die adäquate Verursachungstheorie. Für beide gilt dasselbe. Da alle Bedingungen gleichwertig sind, kann auch keine vorwiegend verursachen. Rümelin[3]) will für die adäquate Verursachungstheorie eine Ab-

[1]) Rumpf, S. 106.

[2]) So auch Gottschalk, S. 26. Traeger, S. 92.

[3]) S. 313.

wägung des Kausalitätsverhältnisses für möglich halten. „Es sei dankbar anzuerkennen, daß der Begriff der vorwiegenden Verursachung die Möglichkeit biete, den quantitativen Übergängen von der ganz minimalen Begünstigung zur bloß sehr geringfügigen Begünstigung oder von einer Begünstigung, die nach der Regel des Lebens noch als erheblich gelte, zu einer solchen, bei der das gar nicht mehr zutreffe, gerecht zu werden.“ Aber das von Rümelin selbst erwähnte Beispiel läßt deutlich erkennen, daß es nicht eine Abwägung des Kausalitätsverhältnisses, sondern des Verschuldens ist, das er vornimmt. Er fragt weiter: „Man halte sich etwa folgendes Bild vor Augen: nur besonders törichte oder nervenschwache Menschen werden in der gegebenen Lage so kopflos handeln, wie der Verletzte gehandelt hat, aber immerhin kommt es noch so häufig vor, daß man nicht behaupten kann, es sei damit gar nicht zu rechnen. Auch hier wird man sagen können, der Schaden ist vorwiegend vom Verletzten verursacht.“ Man sieht, daß es hier auf das törichte und nervöse Verhalten ankommt. Das ist jedoch nicht das reine Kausalverhältnis, sondern das Verschulden.

Es sind nun noch zwei Möglichkeiten zu erwähnen, bei denen man von einem vorwiegenden Verursachen sprechen könnte. Diese kommen gerade beim Zweikampf vor.

1. Man könnte daran denken, den Hieb oder den Schuß oder Stich als unmittelbare Ursache gegenüber dem „sich stellen zum Zweikampf“ als mittelbare

die vorwiegende Ursache zu nennen. Diesen Gedanken hat scheinbar Oertmann, wenn er S. 54 sagt: „schwierig wird die Entscheidung, wenn überwiegendes Verschulden und überwiegendes Verursachen auseinanderfallen", und als Beispiel erwähnt: der Provokant zum Duell wird erschossen. Warum jedoch Oertmann[1]) den Schuß als die überwiegende Ursache betrachtet, ist nicht einzusehen. Der Tod des Provokanten wäre nicht eingetreten, wenn er sich nicht dem Gegner zum Duell gestellt hätte. Diese Bedingung ist ebenso wichtig und unentbehrlich wie der Schuß. Das Reichsgericht hat denn auch in einer Entscheidung ausdrücklich ausgesprochen, daß weder aus dem Wortlaut des § 254 noch aus allgemeinen Grundsätzen hervorginge, die unmittelbare Bedingung gegenüber der mittelbaren als vorwiegende Ursache zu bezeichnen.

2. Die zweite Möglichkeit ist folgende: Der Duellant A. hat eine Bedingung mehr zum Erfolg gesetzt als der Duellant B., infolgedessen hat A. vorwiegend verursacht. Diesen Weg hat Blüthgen beschritten. Blüthgen[2]) sagt: „Wenn das Gesetz sagt: wer von den beiden Teilen den Schaden vorwiegend verursacht, so greift es damit aus der unendlich großen Zahl von Bedingungen des Erfolges diejenigen als Ursachen heraus, die auf einer Handlung des Verletzten oder des Beschädigten ruhen. Es ist nun sehr möglich, daß auf beiden Seiten dieselben Handlungen vorliegen, die beide Ursachen des Erfolges sind, daß aber noch

[1]) Jur. W. 07, S. 9.

[2]) S. 40.

weitere Handlungen und zwar nur von der einen Seite vorgenommen werden, die auch Ursachen des Erfolges sind und ihn nun wirklich herbeiführen. Wir wollen bei dieser Art der Darstellung zwar nicht die Bedingungen auf beiden Seiten zählen und dann sagen, auf dieser Seite liegen die meisten Bedingungen vor, also hat diese den Schaden vorwiegend verursacht, sondern nur sagen: Werden von beiden Seiten genau die gleichen Bedingungen gesetzt und kommen von der einen Seite allein dann noch weitere notwendige Bedingungen hinzu, so hat diese Partei vorwiegend verursacht.“ Diese Schlußfolgerung von Blüthgen ist jedoch falsch. Blüthgen vertritt die Bedingungstheorie. Da nach der Bedingungstheorie alle Bedingungen gleichwertig sind, müssen auch die von der einen Partei gesetzten Bedingungen denen der anderen Partei gleichwertig sein, mag auch immerhin die eine Partei 4, die andere nur 3 Bedingungen zum Erfolg gesetzt haben. Die 3 Bedingungen sind ebenso wichtig wie die 4 Bedingungen. Wer aber die Birkmeyersche Theorie vertritt, kann aus dem Grunde nicht von einem vorwiegend verursachen sprechen, da entweder nur derjenige verursacht hat, auf dessen Seite die wirksamste Bedingung zum Erfolg vorhanden ist, oder beide gleichwertig, falls auf keiner Seite die wirksamste Bedingung konstatiert werden kann.

Wir sehen also, daß unter Berücksichtigung des Kausalverhältnisses ein befriedigendes Resultat nicht zu erzielen ist. Man ist daher gezwungen, auf die im Gesetz erwähnten Umstände Bezug zu nehmen. Was

liegt näher, als hierunter in erster Linie das Verschulden zu verstehen, zumal das Gesetz auf das Verschulden des Beschädigten besonders Gewicht legt?[1]) Diese Auffassung wird bestätigt durch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen.

Für das gemeine Recht hatten wir gefunden, daß ursprünglich jedes Verschulden des Geschädigten seinen Ersatzanspruch ausschloß mit Ausnahme des Falles des dolus des Schädigers. Die jüngere gemeinrechtliche Praxis verwarf dann den Mommsenschen Satz und legte darauf Gewicht, ob der Schädiger oder der Beschädigte den Schaden überwiegend verschuldet habe. Auch der erste Entwurf stand auf diesem Standpunkte; nur in sofern traf er eine Abänderung, als der Richter nicht nur auf die gänzliche Zubilligung oder Ausschließung des Ersatzanspruches, sondern auch auf Verteilung des Schadens auf beide Parteien erkennen konnte. § 222 des ersten Entwurfs lautete: „Hat bei der Entstehung des von einem andern verursachten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der andere zum Ersatze verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und in wieweit das Verschulden des andern oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat.“ In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs wurde dann der § 222 in den jetzigen § 254 abge-

[1]) Rumpf, S. 107.

ändert, um auch solche Fälle zu umfassen, in denen jemand ohne Rücksicht auf Verschulden zu haften hat[1]). Dieses ist u. E. der Grund für die verunglückte Fassung des § 254. Man wollte nicht von einem überwiegenden Verschulden sprechen, wenn auf der einen Seite überhaupt kein Verschulden vorlag, und deshalb sprach man vom vorwiegenden Verursachen[2]). Dies Bedenken rechtfertigt u. E. noch lange nicht, nun das Verschulden einfach beiseite zu lassen und von einem vorwiegenden Verursachen zu sprechen, zumal auch nach der früheren Rechtsprechung in solchen Fällen Befreiung von der Haftung eintrat, ohne daß man sich dabei auf ein vorwiegendes Verursachen berief. In diesen Fällen ist eben der Grad des Verschuldens von Bedeutung: Stellt es sich als ein ganz geringes dar, so bleibt die Haftung bestehen, ist es ein erhebliches, so wird die Haftpflicht aufgehoben. Von einer vorwiegenden Verursachung kann auch hier keine Rede sein[3]). Der Kern des § 254 und des § 222 ist derselbe. Es erscheint nicht glaubhaft, daß eine durch Jahrhunderte fortgebildete Praxis, in der es auf das überwiegende Verschulden ankam, plötzlich umgestoßen und überhaupt nicht mehr in Betracht zu ziehen sein soll, besonders wenn das angeblich neue Prinzip vollständig versagt[4]).

Wenn nun trotzdem viele Schriftsteller von einem

[1]) Protokolle Bd. I, S. 300.

[2]) So auch Leyden, S. 50.

[3]) Traeger, S. 361. Gottschalk, S. 101.

[4]) Ähnlich Rumpf, S. 107.

vorwiegenden Verursachen sprechen, so liegt das u. E. einerseits daran, daß sie dem § 254 Fälle unterstellen, die nicht in sein Anwendungsgebiet gehören, andererseits daran, daß sie doch das überwiegende Verschulden maßgebend sein lassen. Für die eine Behauptung mögen Weyl und Schollmeyer, für die andere Endemann und das Reichsgericht als Beispiel dienen.

Ganz entschieden vertritt Weyl die Ansicht, daß ein vorwiegendes Verursachen möglich ist, und hält es für unrichtig, wenn man trotz des Ausdruckes verursachen dennoch versucht, die Abwägung der Verschuldungsgrade in den § 254 hineinzupretieren. Wie aber nach Weyl[1]) ein vorwiegendes Verursachen möglich ist, geht am besten aus seinem eigenen Beispiel hervor. A. hat den Jagdhund des B. angeschossen, B. reißt den Verband ab, um das Tier los zu werden. Der § 254 soll nach Weyl anwendbar sein. Vertritt Weyl die Bedingungstheorie, dann ist das richtig. Die logische Konsequenz ist, daß dann die beiden Bedingungen gleichwertig sind. Vertritt er sie dagegen nicht, dann kann u. E. der § 254 überhaupt keine Anwendung finden, da der Kausalzusammenhang unterbrochen ist; infolgedessen kann auch von keinem vorwiegenden Verursachen die Rede sein[2]).

Ein ähnliches Beispiel erwähnt Schollmeyer[3]). A. hat den B. ganz ungefährlich verletzt. B. vernachlässigt die Verletzung in gröblichster Weise und

[1]) Weyl, S. 299/300.

[2]) So Leyden S. 49.

[3]) S. 43.

stirbt. Die Ersatzpflicht muß verneint werden, da der Kausalzusammenhang unterbrochen ist; mithin kann § 254 keine Anwendung finden. Das ist die eigene Ansicht Schollmeyers[1]). Um so merkwürdiger ist es, wenn er auf der nächsten Seite dieses Beispiel als Anwendungsfall für § 254 erwähnt und von einem vorwiegenden Verursachen sprechen will[2]).

2. Endemann sagt[3]): „Entscheidend ist allein das ursächliche Verhältnis, in dem jeder der Beteiligten zu dem entstandenen Schaden steht.“ Das eigene Beispiel widerlegt aber Endemann. Der Eisenbahnübergang ist mangelhaft verschlossen. Das Fuhrwerk schiebt ihn bei Seite und wird überfahren; der Kutscher hatte geschlafen. Endemann verneint den Ersatzanspruch des Fuhrwerkseigentümers. Wer soll denn hier vorwiegend verursacht haben? Wenn der Eisenbahnzug nicht gerade vorbeigefahren wäre, wäre das Fuhrwerk nicht überfahren, und wenn das Fuhrwerk den Verschluß nicht bei Seite geschoben hätte, wäre das Unglück auch nicht erfolgt. Von einem vorwiegenden Verursachen kann keine Rede sein. Bei der großen Kraft des Eisenbahnzuges könnte man eher versucht sein, den Eisenbahnzug als vorwiegende Ursache zu bezeichnen. Es liegt auf der Hand, daß Endemann eben unbewußt nach dem überwiegenden Verschulden entscheidet. Wie will Endemann folgendes Beispiel entscheiden können? Zwei gleich-

[1]) S. 42.

[2]) So auch Gröber, S. 57.

[3]) S. 756.

pferdige Automobile A. und B. fahren bei Nebel ohne Licht mit derselben Geschwindigkeit auf einander los. Das Automobil B. wird zertrümmert. Hier ist es doch ganz klar, daß das Kausalverhältnis gleich ist. Ändern wir nun den Fall dahin ab: A. weiß, daß B. ihm entgegenkommt, und will ihn absichtlich überfahren. Dabei wird das eine Mal sein eigenes Automobil, das andere Mal das des B. beschädigt. Endemann muß konsequent alle drei Fälle gleichmäßig entscheiden. Daß das der Billigkeit entspricht, wird wohl niemand behaupten.

Das beste Beispiel dafür, daß das Kausalverhältnis nicht entscheiden kann, ist das Reichsgericht selbst. Die Ansicht des Reichsgerichts geht dahin, daß in erster Linie das Kausalitätsverhältnis entscheiden soll daneben aber das Verschulden[1]). Bei dem angeblichen Abwägen des Kausalverhältnisses zieht das Reichsgericht unbewußt das Verschulden in Betracht. So sagt dasselbe in seiner Entscheidung vom 15. November 1906 Jur. W. 07, S. 10: „Es kann nicht als unzulässig bezeichnet werden, bei der Vergleichung und Abwägung der Wirkung zweier Ursachen nach ihrer Tragweite und dem Verschulden ihrer Urheber als wahr zu unterstellen, daß dem einen Teile eine bestimmte schuldhafte, für den Fall ursächliche Unterlassung zur Last falle, wenn das auch nach Lage des Einzelfalles nicht empfehlenswert sein kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß der Sachverhalt eine vollständige Aufklärung erfahren hat. Unter diesen Umständen

[1]) R. G. Bd. 54, S. 13 ff.

kann ein Beweismittel darüber, daß der angeblich Ersatzverpflichtete schuldhaft gehandelt habe, für unerheblich angesehen werden, falls das festgestellte mitwirkende Verschulden des Beschädigten unter allen Umständen ein überwiegendes, einen Ersatzanspruch beseitigendes zu gelten hat.“ Ebenso R. G. vom 24. November 1902 Bd. 53, S. 75: „daß bei beiderseitigem Verschulden eine Abwägung desselben einzutreten habe, und das schwerer wiegende Verschulden als die ausschlaggebende Ursache des Unfalls zu erachten sei.“

Aus allen diesen Ausführungen dürfte also hervorgehen, daß es Grade des Verursachens nicht gibt, daß man nur das Verschulden abwägen kann und deshalb das überwiegende Verschulden der entscheidende Faktor ist.

Wir mußten die Streitfrage im vergangenen Abschnitte deshalb eingehender erörtern, weil sie für unsere Aufgabe von entscheidender Bedeutung ist. Wer den Schadensersatzanspruch aus Zweikampf nur aus dem Kausalitätsverhältnis regeln will, kommt sowohl zu theoretisch wie auch praktisch zu mißbilligenden Resultaten[1]). Sowohl nach der Bedingungstheorie wie auch nach den anderen Kausalitätstheorien haben die beiden Parteien den Erfolg gleichwertig verursacht; denn die Verletzung wäre nicht ohne den Hieb und nicht ohne das Gegenüberstellen zum Zweikampf möglich gewesen. Beide Bedingungen sind unentbehrlich und

[1]) So auch Gröber, S. 67.

gleichwertig. Die Folge davon ist, daß dann die Parteien den Schaden immer zur Hälfte zu tragen haben, einerlei ob der Beleidigte verletzt wird oder der Beleidiger. Das dürfte sicher nicht der Billigkeit entsprechen. Man denke z. B.: Der Vater schießt sich mit dem Verführer seiner Tochter, oder ein Raufbold schlägt ohne jede Veranlassung einem Studenten ins Gesicht. Es sollte ganz gleich sein, ob der Vater niedergeschossen wird oder der Verführer? Mit Recht sagt Gröber S. 65: „Warum sollte das B. G. B., das sonst allenthalben für die Berücksichtigung eines billigen Ermessens eintritt, gerade bei § 254 diese Grundsätze über Bord geworfen haben. Wir sind daher mit Gröber, Hoeniger, Ganzhorn und Hermann der Meinung, daß vor allen Dingen das Verschulden ausschlaggebend ist. Man muß aber wenigstens seine Meinung begründen. Merkwürdigerweise halten das Hoeniger, Ganzhorn und auch Linkelmann[1]) trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 254 nicht für nötig. Offenbar identifizieren sie verursachen mit verschulden, wie das aus den Ausführungen Ganzhorns und besonders Hoenigers[2]) hervorgeht. Hermann macht einen anderen Fehler. Er läßt auch das überwiegende Verschulden entscheiden, indem er sich auf die Umstände beruft und den mit insbesondere eingeleiteten Satz als ein Beispiel auffaßt[3]). Insbesondere

---

[1]) Linkelmann, S. 58.

[2]) Ganzhorn, S. 24. Hoeniger, S. 223.

[3]) So auch Oertmann, S. 54.

bedeutet aber nicht beispielsweise, sondern vorzugsweise, in erster Linie[1]).

Bei der Abwägung des Verschuldens nehmen wir jedoch einen anderen Standpunkt ein wie die oben Genannten. Ganzhorn ist der Ansicht, daß das Verschulden beim Zweikampf in der Regel gleich, und deshalb der Schadensersatzanspruch aus Zweikampf zu verneinen sei. Das dies Resultat nicht befriedigt, gibt Ganzhorn selbst zu[2]). Der Fehler liegt eben darin, daß Ganzhorn, wie wir gesehen haben[3]), das Verschulden vor dem Zweikampf überhaupt nicht berücksichtigt. Gröber und Hermann ziehen zwar das Verschulden vor dem Zweikampf in Betracht, sind aber der Meinung, daß nur dann ein Schadensersatzanspruch zu gewähren sei, wenn das Verschulden des Verletzers das Verschulden des Verletzten erheblich überwiege. In allen Fällen, in denen das beiderseitige Verschulden gleich oder annähernd gleich ist (das sind nach ihrer Meinung die meisten), versagen sie den Ersatzanspruch[4]). Diese Ansichten sind u. E. nicht richtig. Sie stehen noch zu sehr unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Praxis. Der wesentliche Fortschritt des § 254 ist ja gerade, nicht das „Entweder oder" der gemeinrechtlichen Praxis, sondern die Befugnis des Richters, den Schaden auf beide Parteien zu verteilen. Deshalb muß beim Zweikampf bei

[1]) So auch R. G. Bd. 54, S. 14. Süßmann, S. 73.

[2]) S. 39.

[3]) S. 46.

[4]) Gröber, S. 36, 72. Hermann, S. 25ff.

gleichem oder annähernd gleichem Verschulden nicht Abweisung des Ersatzanspruchs, sondern Halbierung des Schadens eintreten[1]). Nur in den seltenen Fällen, in denen das Verschulden ganz überwiegend auf der Seite des Verletzten ist, ist eine Abweisung des Schadensersatzanspruches am Platze.

Bei der Abwägung des Verschuldens muß der Richter den gesamten Tatbestand nach der Schuldseite hin prüfen: das Verhalten der Parteien sowohl vor dem Zweikampf wie auch während des Zweikampfes. Je nachdem sich das Verschulden der beiden Parteien als gleich oder annähernd gleich[2]) oder überwiegend herausstellt, ist der Schaden von beiden gleichmäßig oder von einem überwiegend oder unter Umständen gar ganz zu tragen[3]). Da es sich bei der Abwägung um Zustände des sozialen Lebens handelt, die die einen verurteilen, die anderen lobpreisen, wird viel von der Anschauung und dem Taktgefühl des Richters abhängen. Diese freie Stellung des Richters ist jedoch nicht zu beklagen, sondern nur hochzuschätzen; denn nur dadurch wird ein dem Gesetze wie den gesellschaftlichen Anschauungen gerechtes Urteil ermöglicht[4]).

---

[1]) Traeger, S. 355. Rumpf, S. 112.

[2]) U. E. sind das im Gegensatz zu Gröber und Hermann nicht die regelmäßigen Fälle, sondern die seltenen, da der Zweikampf in der Regel einseitig provoziert wird.

[3]) Rumpf, S. 85.

[4]) Traeger, S. 374.

§ 4.

Der Umfang des Ersatzanspruchs.

Wir haben gesehen, daß der Anspruch aus dem Zweikampf in der Regel gegeben ist. Mag er auch selten gerichtlich geltend gemacht werden, so kann es doch immerhin, wie wir schon in der Einleitung gesagt haben, vorkommen. Dann muß der Richter mit Ausnahme der oben genannten seltenen Fälle[1]) den Verletzten den Ersatzanspruch gewähren. Er kann jedoch, wie wir gesehen haben, den Umfang des Ersatzes nach § 254 herabsetzen. Für den Umfang des Ersatzes sind die allgemeinen Bestimmungen § 249 ff. und die besonderen §§ 842, 843 und 847 bestimmend.

I. Nach § 249 gilt als Regel, daß der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Bei Verletzung einer Person kann der Gläubiger den erforderlichen Geldbetrag verlangen. Der Verletzte kann hiernach den Ersatz der erforderlichen Kur- und Pflegekosten verlangen. Hierunter fallen unter Umständen auch die Auslagen für eine besondere Pflege, sofern dadurch die Heilung gefördert ist.

II. Nach § 842 sind dem Verletzten alle Nachteile zu ersetzen, welche er durch die Beschädigung bezüglich seines Erwerbs und Fortkommens erlitten hat. Hierunter gehört vor allen Dingen der dem

[1]) Weinrich, S. 78. Oermann, S. 990.

Verletzten während der Heilung entzogene Erwerb[1]). Nach § 616 B. G B. kann die Vergütung dem zur Dienstleistung Verpflichteten für eine vorübergehende Verhinderung aus einem in seiner Person liegenden Grunde nicht entzogen werden, wenn die Verhinderung schuldlos eingetreten ist. Da der zur Dienstleistung verpflichtete Duellant seine Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat, so kann ihm der Dienstherr die Vergütung entziehen. Es muß daher nach § 842 B. G. B. der Schadensersatzpflichtige Duellant auch diesen Schaden ersetzen.

Hierhin gehören ferner die durch die Kündigung erwachsenen Nachteile. Nach § 626 kann der Dienstherr obiger Personen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sofort kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der Zweikampf ist ein wichtiger Grund. Der Zweikampf ist eine von Moral und Recht gemißbilligte Handlung, und deshalb muß dem Dienstherrn das Recht zustehen, seine in obigem Verhältnis zu ihm stehenden Personen sofort zu entlassen[2]). Auch dieser Schaden ist dem Verletzten zu ersetzen.

Als Schäden, welche das Fortkommen des Geschädigten erschweren, kommen beim Zweikampf entstellende Verletzungen in Betracht. So würden z. B. einem Theologen, der von einem Raufbolde zum Zweikampf gezwungen und durch einen entstellenden Säbelhieb im Gesicht verletzt ist, alle Kosten zu er-

---

[1]) Oertmann, S. 1128.

[2]) Hoeniger, S. 224. Gröber, S. 78.

setzen sein, die der Übergang zu einem anderen Beruf erfordert[1]).

Alle diese Schäden sind nach § 843 Abs. 1 in Form einer Rente zu gewähren, die nach § 760 Satz 2 3 Monate im Voraus zu bezahlen ist. Die Höhe der Rente entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Nur wenn ein wichtiger Grund vorliegt, kann der Verletzte statt Zahlung einer Rente eine Abfindung in Kapital verlangen.

III. Nach § 847 kann der Verletzte ein Schmerzensgeld verlangen.

Gesetzt nun, der Verletzte macht alle 3 Ansprüche zu gleicher Zeit geltend, so sind wir auf Grund des § 254 für eine Versagung des Anspruches aus § 847. Der § 847 gewährt eine billige Entschädigung in Geld. Von Billigkeit kann aber mit Rücksicht auf die Anschauung der Duellanten keine Rede sein. Die Duellanten wollen lieber Gesundheit und Leben aufs Spiel setzen, als eine Minderung ihrer Ehre dulden. Deshalb entspricht es auch ihren Anschauungen nicht, dem Verletzten ein Schmerzensgeld zu bewilligen[2]). Dagegen sind wir prinzipiell für Gewährung der Ansprüche unter II und III; da es bei ihnen nicht auf die Anschauung der Gesellschaft, in der die Duellanten leben, ankommt. Gröber will auch den Anspruch unter I in der Mehrzahl der Fälle versagen, da der Verletzte mit ihnen rechnen müßte[3]). Diesen Grund-

[1]) Hoeniger, S. 224.

[2]) Staudinger, S. 1543. Hoeniger, S. 224. Gröber, S. 75.

[3]) S. 76.

satz halten wir nicht für stichhaltig. Der Verletzte muß schließlich mit allen Schäden rechnen und könnte dann überhaupt nichts verlangen. Wir halten den Ersatzanspruch für ein wirksames Mittel zur Bekämpfung des Zweikampfes, und deshalb scheint es uns richtiger zu sein, den Schaden dem Verletzer aufzubürden. Immerhin muß auch das Verschulden des Verletzten berücksichtigt werden und darum sind wir für eine Verteilung des Schadens unter I und II auf beide Parteien nach dem Maße des Verschuldens.

§ 5.

Die Haftpflicht bei Verletzung beider Duellanten.

Bisher haben wir immer den Schadensersatzanspruch des Verletzten gegen den Verletzer behandelt. Wie steht es aber, wenn beide Duellanten eine Verletzung erhalten haben? Ganzhorn[1]) ist der Meinung, daß dann keiner einen Ersatzanspruch hat, da dolus gegen dolus steht. Gröber[2]) legt auf das überwiegende Verschulden Gewicht. Läßt sich feststellen, wer den Zweikampf überwiegend verschuldet hat, so ist nach Gröbers Ansicht nur dieser ersatzpflichtig. Haben dagegen beide den Zweikampf gleichwertig

[1]) S. 33.
[2]) S. 93.

provoziert, so soll keiner einen Ersatzanspruch haben, Diese Ansichten stehen, wie schon oben gesagt, noch unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Culpacompensatio. Diese ist aber wenigstens im eigentlichen Sinne im Bürgerlichen Gesetzbuch beseitigt. U. E. sind die Ansprüche gesondert festzusetzen[1]). Wir müssen uns den Fall folgendermaßen vorstellen: A und B sind die beiden Duellanten. B hat den Schaden x verursacht, und A hat schuldhaft mitgewirkt, A hat den Schaden y verursacht, und B. hat dazu schuldhaft mitgewirkt. Es hat also jeder seinen verursachten Schaden zu tragen, nur daß dieser nach dem Maße des mitwirkenden Verschuldens des andern herabgesetzt wird. Hiervon ist eine Ausnahme zu machen: hat A den Zweikampf ganz erheblich überwiegend verschuldet, dann hat A. seinen Schaden allein zu tragen und den Schaden des B allein zu ersetzen. Es ist nicht einzusehen, inwiefern das dem Prinzip des § 254 widersprechen soll[2]). Es sind zwei Schäden entstanden, von denen jeder seinen verursachten Schaden, wenn auch nicht in vollem Umfange zu tragen hat. Diese Ansprüche sind aber nicht, wie Hoeniger will, gegen einander aufzurechnen, da im § 393 B. G. B. ausdrücklich steht, daß die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer unerlaubten Handlung nicht statthaft ist.

[1]) So auch Hoeniger, S. 224.

[2]) So Gröber, S. 93.

§ 6.

Die Möglichkeit einer Haftpflicht dritter Personen.

Zum Schluß müssen wir noch untersuchen, ob neben dem eigentlichen Täter noch dritte Personen aus dem Zweikampf ersatzpflichtig sind. § 830 Abs. 2 lautet: Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich. Es würde sich also darum handeln, ob Sekundanten, Kartellträger, Zeugen, Ärzte und Ehrengerichtsmitglieder Gehilfen beim Zweikampf sind. U. E. sind sämtliche Personen, mit Ausnahme der Zeugen und hiervon wieder die Ausnahme des Unparteiischen, Gehilfen beim Zweikampf. Gröber[1]) will die Gehilfenschaft dieser Personen vom Standpunkte des Zivilrechts verneinen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb ein Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht gemacht werden soll, zumal das Zivilrecht keine Definition gibt. Wir brauchen aber auf diese Frage nicht einzugehen, da die Haftung der Personen, selbst wenn man sie alle als Gehilfen betrachtet, ausgeschlossen ist. Für die Zeugen, Ärzte, Sekundanten führt Gröber den Grund an, daß sie trotz ihrer Teilnahme am Zweikampf nicht bestraft werden. Wenn aber das Strafrecht ihre Teilnahme nicht berücksichtige, müsse dies noch vielmehr vom Zivilrecht geschehen. Diese Begründung ist u. E. unrichtig. Daraus, daß das Strafrecht an eine an und für sich verbotene Handlung keine Strafe anknüpft,

---

[1]) S. 94 ff.

folgt noch lange nicht, ob nicht wenigstens eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht mit der Handlung verbunden ist. Mit anderen Worten eine Handlung kann zivilrechtliche, aber keine strafrechtlichen Folgen haben[1]). Vielmehr ist der Nichteintritt der zivilrechtlichen Haftung der obengenannten Personen der § 254 B. G. B. Nach § 254 tritt eine Schadensersatzpflicht nicht ein, wenn das mitwirkende Verschulden des Verletzten ganz erheblich überwiegt. Das ist aber zweifellos bei dem verletzten Duellanten obigen Personen gegenüber der Fall.

Schluß.

Ein kurzer Rückblick über die Resultate unserer Aufgabe ergibt folgende Grundsätze:

Der Schadensersatzanspruch des verletzten Duellanten ist in der Regel begründet. Nur wenn sein Verschulden ganz erheblich überwiegt, muß er selbst den Schaden tragen. Der Umfang des Anspruchs unterliegt der Herabsetzung nach freiem richterlichen Ermessen. Maßgebend ist in erster Linie das Verschulden der beiden Duellanten.

Bei gegenseitiger Verletzung ist der Schadensersatz jeder Partei gesondert festzustellen. Eine Aufrechnung der gegenseitigen Ansprüche findet nicht statt. Eine Ersatzpflicht dritter Personen ist ausgeschlossen.

[1]) Zitelmann, S. 12.